Göttinger Schriften zum Medizinrecht
Band 14



Benedikt Ballhausen

Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin

zugleich ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts

Universitätsverlag Göttingen

Benedikt Ballhausen

Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin

erschienen als Band 14 der Reihe „Göttinger Schriften zum Medizinrecht“
im Universitätsverlag Göttingen 2013

Benedikt Ballhausen

Das arztrechtliche System als Grenze der arbeitsteiligen Medizin

zugleich ein Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts

Göttinger Schriften zum Medizinrecht Band 14



Universitätsverlag Göttingen
2013

Bibliographische Information der Deutschen Nationalbibliothek

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.ddb.de> abrufbar.

Herausgeber der Reihe
Zentrum für Medizinrecht
Juristische Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen
Geschäftsführender Direktor: Prof. Dr. Andreas Spickhoff

Autorenkontakt
Email: benballhausen@gmx.de

Satz und Layout: Benedikt Ballhausen
Umschlaggestaltung: Kilian Klapp, Margo Bargheer

http://univerlag.uni-goettingen.de
ISBN: 978-3-86395-096-5
ISSN: 1864-2144

Vorwort

Die vorliegende Arbeit ist im Sommersemester 2012 fertiggestellt und im Wintersemester 2012/2013 von der Juristischen Fakultät der Georg-August-Universität Göttingen als Dissertation angenommen worden. Zur Drucklegung sind Gesetzesstand, Rechtsprechung und Literatur bis März 2012 zugrunde gelegt worden. Daher konnte insbesondere das für 2013 geplante Patientenrechtegesetz nur in seinem Referentenentwurf Berücksichtigung finden. Da sich die vorliegende Arbeit jedoch als systematisches Werk versteht, soll sie über aktuelle Gesetzesentwicklungen hinaus einen Beitrag zur privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts liefern.

An dieser Stelle möchte ich die Gelegenheit ergreifen, aufrichtig Dank zu sagen. Zunächst meinem Doktorvater Herrn Professor Dr. Spickhoff. Er hat mir den notwendigen Freiraum für mein wissenschaftliches Arbeiten eingeräumt und dadurch die Freude an dieser Tätigkeit geweckt; insbesondere hat er mir während meiner Tätigkeit als wissenschaftlicher Mitarbeiter die Möglichkeit selbstständiger Veröffentlichungen eröffnet. Zudem danke ich ihm für die Aufnahme meiner Arbeit in die „Göttinger Schriften zum Medizinrecht". Schließlich gilt mein Dank Herrn Professor Dr. Spindler für die Übernahme und zügige Erstellung des Zweitgutachtens.

Bedanken möchte ich mich weiter bei Professor Dr. Elmar Mand LL.M. (Yale), der mir als studentische Hilfskraft an der Universität Marburg die ersten Einblicke in die juristische Arbeitstechnik gewährt hat. Ferner möchte ich meinen Freunden aus jener Marburger Studienzeit danken. Es war mir ein Vergnügen, mit euch gelernt, gekämpft und gefeiert zu haben.

Außerdem danke ich dem gesamten Lehrstuhl Spickhoff – mitsamt den „adoptierten" Lehrstuhlmitgliedern – für die gegenseitige Motivation und Diskussion während der Erstellung der Doktorarbeit.

Für die sorgfältige und fundierte Unterstützung bei der Manuskriptkorrektur möchte ich mich bei meinem Freund Johannes Merten bedanken. Darüber hinaus haben weitere Freunde und Begleiter zum Gelingen dieser Arbeit beigetragen. Sie können nicht alle Erwähnung finden; mein Dank sei ihnen gleichwohl gewiss.

Eine besondere Danksagung richtet sich an meine gesamte Familie, einschließlich ihrer verstorbenen Mitglieder. Nur in der von ihnen geschaffenen und geprägten Umgebung des Vertrauens, der Freiheit und Unterstützung kann ich meinen Lebensweg gehen. In diesem Sinne bedanke ich mich namentlich bei meiner Schwester Judith Ballhausen mit Maximilian Finke, auf deren Erfahrung, Meinung und Rat ich immer zählen darf.

Weiter möchte ich mich ganz herzlich bei Anika bedanken; ihr liebevoller Zuspruch war und ist mein stetiger Antrieb. Dankbarkeit empfinde ich schließlich gegenüber meinen Eltern Lydia und Herbert Ballhausen. Sie haben mir das Vertrauen geschenkt, das zur Grundlage dieser Schrift geworden ist. Ihnen ist diese Arbeit gewidmet.

Duderstadt, im Winter 2012/13 Benedikt Ballhausen

Inhaltsverzeichnis

Prolog

„*Dem Chaos kann man nicht vertrauen. Wenn nichts miteinander verbunden ist oder alles mit allem, gibt es keine Möglichkeiten der Generalisierung*." (*Luhmann*, Vertrauen, S. 47)

Mit *Luhmann* bedarf es einer Generalisierung, um das Chaos zu ordnen und auf diese Weise eine Grundlage für Vertrauen zu schaffen. Die vorliegende Monographie versteht sich als ein entsprechender arztrechtlicher Systematisierungs- und damit Generalisierungsbeitrag. Der Bedarf nach einem derartigen Ordnungsdienst gründet auf den Postulaten der Gerechtigkeit respektive Rechtssicherheit und daher (mittelbar) auf der Rechtsidee.[1] Vor diesem Hintergrund verwundert es, dass bis zum heutigen Tage systematische Arbeiten das Arztrecht eher gemieden haben, ertönt doch wohl in keinem zweiten, derart von ethischen Einflüssen geprägten Rechtgebiet der Ruf nach Gerechtigkeit und Rechtssicherheit lauter. Dabei wird der systematische Mangel insbesondere bei der Grenzermittlung im Bereich der arbeitsteiligen Medizin virulent. Der Verfasser sah sich zu Beginn dieser Arbeit – den Ausgangspunkt bildete die Analyse des *BGH*-Urteils vom 11.05.2010

---

[1] *Canaris*, Systemdenken, S. 16 ff. et passim („*Emanationen und Postulate der Rechtsidee*"); *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 1 ff., je m.w.N. Näher zum Begriff der Rechtsidee § 2 A II 2 b.

zur Einwilligung ad personam –[2] mit einer Flut an Einzelrechtsprechungen und wissenschaftlichen Beiträgen zu Detailproblemen konfrontiert;[3] eine systematische Ordnung im Sinne einer klaren Linie war nur schwerlich erkennbar. Aus diesem Befund leiten sich Ziel und Anspruch der nachfolgenden Zeilen ab: In diesem Rahmen soll keine fallgruppenartige Zusammenstellung der Rechtsprechung bzw. Literatur zu den Einzelfragen der arbeitsteiligen Medizin erfolgen;[4] vielmehr wird ausgehend von den privatrechtsdogmatischen Vorgaben eine arztrechtsdogmatische Grenzziehung angestrebt. Als taugliches Systematisierungswerkzeug haben sich dabei die allgemeinen Rechtsprinzipien herauskristallisiert, da sie die Freilegung der einer Rechtsordnung immanenten, tragenden Grundwertungen ermöglichen.[5] Im Sinne *Luhmanns* lässt sich von einem Mechanismus der Reduktion sozialer bzw. rechtlicher Komplexität durch Generalisierung sprechen.[6] Das Recht wird befreit von verwirrenden, weil unsystematischen Einzelregelungen, mitunter auch von einer Kakophonie der Rechtsprechung, die den Blick für das Wesentliche, die Grundpfeiler, verstellt.

Mit diesem dogmatischen Ansatz wird zugleich ein Beitrag zu einer Grundfrage der Rechtstheorie geliefert, die aktuell Urständ feiert:[7] In welchem Verhältnis stehen sich Richter und Gesetz, Richterbindung und richterliche Freiheit gegenüber? Sah noch *Montesquieu* den Richter als „*Mund des Gesetzes*" an, erachten *Heck* und im Anschluss daran auch *Rüthers* den Richter als „*Diener des Gesetzes*", während aktuell *Hirsch* eben jenen eher als „*Baumeister der Rechtsordnung*" charakterisiert.[8] Die Kritik an der Entwicklung hin zu den obersten Bundesgerichten als „*Ersatzgesetz-*

[2] BGH, NJW 2010, 2580.

[3] Stellvertretend kann auf die Darstellungen in der Kommentarliteratur mit den entsprechende Nachweisen verwiesen werden, vgl. nur für die Arzthaftung *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 76; *Laufs/Kern*, Handbuch des Arztrechts, § 100; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnrn. 723 ff.; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnrn. 139 ff.

[4] *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 45 Rdnrn 5 ff., differenziert etwa zwischen nicht delegationsfähigen, generell delegationsfähigen und im Einzelfall delegationsfähigen Leistungen.

[5] Grundlegend *Canaris*, Systemdenken, S. 46 et passim. Zielführend auch die Analyse von *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 227: „*Kein corpus iuris ist nur Masse, es ist in erster Linie ein durch die Angaben dieser Masse fixiertes System von Prinzipien, die dem Richter die Auslese, Anwendung und Neubildung positiver Normen erlauben.*"

[6] *Luhmann*, Vertrauen, S. 27 ff. et passim, beschreibt das Vertrauen als Reduktion von Komplexität. Näher § 4 A I 1 b.

[7] Primär wurde die aktuelle (teilweise polemisch geführte) Diskussion begründet und danach am Leben gehalten von *Rüthers*, NJW 2005, 2759 ff.; *ders.*, JZ 2006, 53 ff.; *ders.*, JZ 2008, 446 ff.; *ders.*, NJW 2011, 434 ff.; *ders.*, NJW 2011, 1856 ff., ferner etwa *Hirsch*, JZ 2007, 853 ff.; *Möllers*, JZ 2009, 668 ff.; *Rieble*, NJW 2011, 819 ff. Zur historischen Einordnung *Hillgruber*, JZ 2008, 745 ff.; im vermittelnden Überblick *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 ff.

[8] Im Überblick zu diesen differierenden Bildern des Verhältnisses Richter-Gesetz *Wenzel*, NJW 2008, 345 ff.; *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 ff.

gebern"[9] scheint insbesondere auch auf das Arztrecht zu zielen; pars pro toto stehen die zahlreichen richterlichen Rechtsfortbildungen im Arzthaftungsrecht.[10] Diese richterliche Eigendynamik muss im Lichte der verfassungsrechtlichen Vorgaben des Art. 20 Abs. 3 GG dergestalt gedrosselt werden, dass es einer Bewertungsgrundlage im Dienste einer Falsifizierungsmöglichkeit bedarf, die Systembrüche der Rechtsprechung an das Tageslicht bringt.[11] Der Kreis potentieller Entscheidungsalternativen bedarf einer festen Umkleidung, ohne dem Richter den für jedes Urteil notwendigen Entscheidungsspielraum zu nehmen. Nun sollte man nicht der Versuchung erliegen, in dem vor der Tür stehenden Patientenrechtegesetz[12] eine erfolgsversprechende, arztrechtliche Rückholaktion des Richters an das Gesetz zu sehen. Entscheidend für eine Gesetzesbindung ist nicht etwa die Kodifikation positiven Rechts, sondern vielmehr die Entwicklung einer juristischen Methode der Gesetzesanwendung.[13] Es ist nun weder die juristische Methodenlehre noch die richterliche Pragmatik, sondern stattdessen die ausdifferenzierte Rechtsdogmatik, die den Anforderungen des Art. 20 Abs. 3 GG an eine Gesetzesbindung genügt.[14] Steht die richterliche Pragmatik im Verdacht einer reinen Billigkeitsjurisprudenz, eines Dezisionismus im Sinne der Freirechtsbewegung, kann die juristische Methodenlehre – im Unterschied zur Rechtsdogmatik – insbesondere wegen ihres fehlenden Rechtslagenbezugs die richterliche Entscheidung nicht in gleicher Weise an das Gesetz binden.[15] Mit der Verwurzelung über die Rechtsprinzipien im jeweiligen Rechtsgebiet vermag hingegen das innere System Fallgerechtigkeit zu optionieren, ohne ein Mindestmaß an Rechtssicherheit einzubüßen.[16] Es ist beweglich im Sinne *Wilburgs* und vermittelt auf diese Weise

---

[9] *Rüthers*, NJW 2005, 2759; daneben aktualisiert sich die Gefahr einer richterlichen Ersatzgesetzgebung insbesondere im Arbeitsrecht, grundlegend zur Arbeitsgesetzgebung und Systemgerechtigkeit *Richardi*, NZA 2008, 1 ff., mit dem Hinweis auf *Franz Gamillschegs* Bemerkung: „*Der Richter ist der wahre Herr des Arbeitsrechts*".

[10] Hierzu näher beispielsweise *Laufs*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. I Rdnr. 20; *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 28 f.; *Hirsch*, MedR 2001, 599 ff. *Katzenmeier*, MedR 2011, 201, hat diese Rechtsprechung des *VI Haftungssenats* jüngst als „*bemerkenswerte, sozialbereichsbezogene Ausdifferenzierung der allgemeinen Haftungsnormen*" gelobt.

[11] Zu dieser Funktion des Systems näher *Canaris*, Systembegriff, S. 112 ff., m.w.N.

[12] Vgl. den Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz.

[13] So die treffende Differenzierung von Hassemer, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (4): „*Ohne Regeln der Gesetzesauslegung und der Normbefolgung durch die gesetzesauslegenden Institutionen wird sich Gesetzesbindung nicht herstellen.*"

[14] Aktuell zuvörderst *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (15 ff.), m.w.N.

[15] So erneut überzeugend *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (15 f.), der zutreffend darauf hinweist, dass sich Methodenlehre und Rechtsdogmatik auf der einen Seite in ihrer Vermittlungsfunktion zwischen Gesetz und Einzelfall strukturell ähneln; auf der anderen Seite sich aber die Methodenlehre gegenüber dem Gesetzesinhalt indifferent verhalte. Näher zum Verhältnis von Rechtsdogmatik und Methodenlehre auch *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 353 ff.

[16] Zum Systembegriff eingehend § 2. Dabei soll hier nicht näher die Existenz eines äußeren arztrechtlichen Systems in Frage gestellt werden, da zum einen noch immer die konkrete Bestim-

zwischen generalisierender und individualisierender Gerechtigkeit, zwischen eben jenen Antinomien Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit.[17] Das bewegliche System stellt daher mit *Canaris* „*einen besonders glücklichen Kompromiss zwischen den verschiedenen Postulaten der Rechtsidee dar […] und bringt deren „Polarität" in einer abgewogenen, „mittleren" Lösung zum Ausgleich […].*"[18] Rechtsdogmatik bzw. innere Rechtssystematik dienen somit nicht nur der formalen Darstellung von Ordnung, sondern sind zugleich praktische Verwirklichung einer wertungsmäßigen Folgerichtigkeit und inneren Einheit.[19] Eine auf die Erkenntnis bzw. Anwendbarkeit des geltenden Rechts abzielende Rechtsdogmatik, so die treffende Analyse von *Diederichsen*, bleibt somit dem Ziel verbunden, ein wissenschaftlich überzeugendes Rechtssystem auszubilden.[20] Bei der Verwirklichung dieses Ziels folgt die vorliegende Schrift der Utopie vom „*Richtigen Recht*" im Sinne eines „*Richtigen Arztrechts*", das sich nicht in den konkreten Rechtsnormen wiederfindet, sondern vielmehr in den dahinterstehenden Rechtsprinzipien.[21] Auf diese Weise wird der arztrechtlichen Praxis eine Methode an die Hand gegeben, die ihr eine Entscheidung in generalisierender und individualisierender Gerechtigkeit ermöglicht. Am Ende dieses privatrechtsdogmatischen Integrationsprozesses soll eine systematische Grenze im Bereich des Arztvertrags- und Arzthaftungsrechts stehen. Sie dient im Geiste *Luhmanns* als berechenbares Vertrauensfundament, das für das Recht im Allgemeinen und das Arztrecht im Besonderen unerlässlich ist.

---

mung eines äußeren Systems im Einzelnen unklar erscheint, hierzu instruktiv *Heck*, Begriffsbildung, S. 139 ff.; im Überblick ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 169; *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 9 ff. (u.a. mit dem Verweis auf das Arztrecht), und die Lebensverhältnisse einen erheblichen Einfluss auf die Bildung eines äußeren Systems haben, vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 169; *Canaris*, Systemdenken, S. 47 Fn. 133. Zum anderen besteht und bestand, unabhängig von der bevorstehenden Kodifikation des Behandlungsvertrages im BGB, das äußere System des Arztrechts aufgrund der privatrechtlichen Ausrichtung des Behandlungsverhältnisses, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 20, in den anwendbaren, allgemeinen Regeln des Privatrechts. Eine vertiefte Erörterung über das äußere arztrechtliche System ist damit nicht zielführend, da sie im Ergebnis allein eine terminologische ist.

[17] Zu dem antinomischen Verhältnis von Fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit instruktiv *Auer*, Materialiserung, S. 46 ff., m.w.N.

[18] *Canaris*, Systemdenken, S. 84; hierzu ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 232.

[19] *Canaris*, Systembegriff, S. 18; instruktiv zum Verhältnis von Jurisprudenz und Rechtspraxis ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 234 ff. (236), der insbesondere im Hinblick auf die mit der Rechtsdogmatik angestrebte Gesetzesbindung zu Recht fordert: „*Wichtig ist, dass unsere obersten Gerichte sich in ihren Entscheidungsgründen mit den Ergebnissen dogmatischer Arbeit auseinandersetzen, auch wenn sie schließlich anders entscheiden. So kommt es immer wieder zum wechselseitigen Gespräch.*"

[20] Vgl. *Diederichsen*, in: FS Seiler, 65 (70); ferner *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 2.

[21] So treffend die Analyse von *Diederichsen*, in: FS Larenz, S. 127 (128), in seinem Beitrag zum „*Richtigen Familienrecht*".

Erster Teil: Grundlagen der arbeitsteiligen Medizin und der Privatrechtstheorie

§ 1 Die moderne, arbeitsteilige Medizin

Das Bearbeitungsziel der vorliegenden Monographie, die Entwicklung einer systematischen Grenze der arbeitsteiligen Medizin, bedarf eingangs einer Legitimation. Das Arzt-Patienten-Verhältnis sieht sich nicht nur einer zunehmenden Arbeitsteilung ausgesetzt; diese Entwicklung reiht sich vielmehr ein in weitere, tiefgreifende Veränderungsprozesse der modernen Medizin. Diese Wandlungsschritte mit ihren jeweiligen Auswirkungen auf das Behandlungsverhältnis sollen dabei im Folgenden herausgearbeitet und gleichzeitig in einen einheitlichen Zusammenhang gestellt werden (vgl. A.). Ferner muss für die weitere Bearbeitung der bis zum heutigen Tage im Arztrecht offene Begriff der Arbeitsteilung bzw. Delegation/Substitution bestimmt werden (vgl. B.). Hierfür können und sollen die zuvor gewonnenen, medizinsoziologischen Erkenntnisse fruchtbar gemacht werden.

A. Legitimation einer Grenzentwicklung

I. Wissenschaftliche und technologische Entwicklung

Die moderne Medizin ist wissenschaftlicher und technologischer Natur.[22] Dem Patienten wird sich im Ausgangspunkt vorwiegend auf naturwissenschaftlicher, standardisierter Ebene genähert. Insbesondere Physiologie und Chemie stellen eine Verbindung zwischen Krankheitsherd und Krankheitsursache her, sodass eine rationale Erklärung von Krankheitsabläufen ermöglicht wird.[23] Eine Erkrankung wird anhand objektiver Kriterien, der Abweichung eines Ist- vom Soll-Wert, ermittelt.[24] Im Zweifel richtet eine vornehmlich sachliche Herangehensweise den Fokus auf die typische und nicht auf die individuelle Krankheitsgeschichte.[25] Dies hat konkrete haftungsrechtliche Auswirkungen. So wird durch die Standardisierung des ärztlichen Verhaltens zunehmend eine Objektivierung der Fahrlässigkeit katalysiert.[26] Der mit der Verwissenschaftlichung einhergehende technische Fortschritt hat dessen ungeachtet – dies ist gewiss herauszustreichen – das objektive Behandlungsniveau verbessert. Die Lebensqualität (und die Lebenserwartung) ganzer Gesellschaften konnte merklich angehoben werden. Das Ansehen der Ärzteschaft und das Vertrauen in die ärztlichen Fähigkeiten finden in dieser Entwicklung im Wesentlichen ihren Nährboden.[27] Es wurde die Autorität des Arztes gestärkt und gleichzeitig die Asymmetrie des Arzt-Patienten-Verhältnisses ausge-

[22] Hierzu instruktiv *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 11 ff.; *Dörner*, Der gute Arzt, S. 312 ff. et passim. Die medizinische Wissenschaft hat entscheidende Auswirkungen auf die Verhaltensanforderungen an den Arzt: Zum einen muss dieser den Standard der Wissenschaft einhalten und zum anderen zur Fortentwicklung der Wissenschaft beitragen, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 15 f; vgl. hierzu auch OLG Karlsruhe, NJW 1996, 1140. Ein Arzt muss dabei grundsätzlich auch nur über diejenigen Risiken aufklären, die in der medizinischen Wissenschaft seines jeweiligen Fachgebietes diskutiert werden, vgl. jüngst BGH, NJW 2011, 375; zu den rechtlichen Konsequenzen der Verwissenschaftlichung umfassend *Hart*, MedR 2000, 1 ff.

[23] *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (55).

[24] *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (56). Zu der „*Standardisierung des Standards*" *Damm*, MedR 2002, 375 (379).

[25] *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (58); umfassend zur zunehmenden Standardisierung auch im österreichischen Gesundheitssystem *Flenreiss/Rümmele*, Medizin vom Fließband, passim.

[26] BGH, NJW 1991, 1535 (1537); NJW 2001, 1786 (1787); jüngst BGH, NJW-RR 2011, 1173 (1175); *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 128 ff.; *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2535); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 187; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 133; *Odersky*, NJW 1989, 1 (2).

[27] *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (57); *Gerst*, Ärztliche Standesorganisationen, S. 13, m.w.N.

weitet.[28] Dieser wissenschaftliche Fortschritt beherbergt damit gleichwohl die Gefahr eines paternalistischen Rollenverständnisses. Der Patient kann immer weniger die einzelnen Behandlungsschritte nachvollziehen, obwohl ein Mindestmaß an Wissen freilich die Voraussetzung für ein selbstbestimmtes Entscheiden ist.[29] Die Patientenautonomie droht aufgrund der rechtfertigenden Wucht der Behandlungsergebnisse in den Hintergrund gedrängt zu werden. Das tatsächlich gewünschte Behandlungsresultat aber, etwa im Falle einer lebenserhaltenden Maßnahme, kann nur der Patient selbst bestimmen.[30] Kurzum: Die Behandlung erfolgt nicht als Selbstzweck bzw. der wissenschaftlichen Fortentwicklung wegen, sondern aufgrund eines individuellen Behandlungsbedürfnisses, einer eigenen Behandlungsgeschichte. Medizinischer Fortschritt und ethische Grundsätze treten sich in einem vielfach diskutierten Spannungsfeld gegenüber.[31] Dem wissenschaftlichen Fortschritt sind hierbei durch die grundlegenden Patientenrechte mannigfaltige Grenzen gesetzt.[32]

Im Zuge dieser wissenschaftlichen Erkenntnisse konnten und können technische Rahmenbedingungen geschaffen werden, mit deren Hilfe noch früher unheilbare Krankheiten von Heilungs- und Linderungsprozessen erfasst werden. Die Gesellschaft investiert umfassend in die Forschung, um weitere Fortschritte im Bereich der Prävention, aber auch der Repression einzelner Krankheiten zu erzielen. Damit geht eine gestiegene Erwartungs- und Anspruchshaltung des Patienten an den einzelnen Arzt als unerwünschte, das Behandlungsverhältnis erschwerende, Kehrseite des Fortschritts einher.[33] Der Patient konsultiert im Zweifel mehrere Ärzte, falls ihn etwa die Nachricht einer schweren bzw. unheilbaren Krankheit ereilt. Krankheit und Tod werden weniger als hinzunehmender Bestandteil des irdischen Lebens akzeptiert.[34] An dieser Stelle wird einmal mehr ein wesentlicher gesellschaftlicher Veränderungsprozess erkennbar: Noch vor der Säkularisierung

---

[28] *Peintinger*, Therapeutische Partnerschaft, S. 186; *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (57).

[29] Zum Wandel von der formalen zur materialen Privatautonomie § 3 A I 2 a.

[30] Zu den Auswirkungen des wissenschaftlichen Fortschritts im Rahmen der Sterbehilfe *Hufen*, NJW 2001, 849; *Holzhauer*, ZRP 2004, 41; *Kreß*, ZRP 2005, 139 (140); vgl. ferner *Damm*, MedR 2002, 375 (378). Einen zu beachtenden Sonderfall stellt die Ablehnung von Bluttransfusionen bei einem Zeugen Jehovas dar, vgl. hierzu BVerfG, NJW 2002, 206; *Spickhoff*, NJW 2003, 1701 (1709); hiergegen - jedoch unter Außerachtlassung des privatrechtlichen Grundsatzes „*venire contra factum proprium*" - *Bender*, VersR 2010, 450.

[31] *Laufs*, NJW 1999, 1758; weitergehend hierzu *Eibach*, Medizin und Menschenwürde, passim; *Koppernock*, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung, passim; *H.-L. Schreiber*, MedR 2003, 367; *Oduncu*, MedR 2005, 437; 516.

[32] Zu den Persönlichkeitsrechten im Überblick *Deutsch*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Einl. Rdnrn. 53 ff.

[33] *Carstensen*, in: FS Deutsch (1999), S. 505 (507).

[34] *Siegrist*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 54 (64); *Imhof*, Behandlungsfehler, S. 246. Zu den Auswirkungen des gestiegenen Anspruchsdenkens im Rahmen der Diskussion um die Sterbehilfe *Holzhauer*, ZRP 2004, 41.

waren die Begriffe Krankheit und Gesundheit nicht negativ bzw. positiv besetzt, sondern als ein in Gottesehrfurcht anzunehmendes Faktum akzeptiert.[35] Pointiert formuliert: Ein Gottvertrauen muss zunehmend einem Technikvertrauen weichen. Die Akzeptanz von Krankheit und Leiden ist darüber hinaus durch das moderne, leistungsorientierte Menschenbild gesunken. In den Zeiten der Leistungsgesellschaft ist eine bestehende Gesundheit die Voraussetzung für Leistungsfähigkeit und damit Anerkennung.[36] Die wissenschaftliche Entwicklung in der Medizin hat ein Anspruchsdenken gefördert, das regelmäßig nicht erfüllt werden kann. Dadurch wird das Vertrauensverhältnis Arzt-Patienten erodiert.

Neben den unbestreitbaren medizinischen Fortschritten im Zuge der wissenschaftlichen und technologischen Entwicklung findet zusammenfassend eine zweispurige medizinsoziologische *Entpersonalisierung* bzw. *Anonymisierung* statt: Zum einen wird der Patient bei der vornehmlich standardisierten Anwendung einer bestimmten wissenschaftlichen Lehrmethode von einem Behandlungssubjekt zu einem Behandlungsobjekt. Die Fürsorgebeziehung wandelt sich zum anderen zusehends in eine Forderungsbeziehung.

II. Sozialstaatliche Entwicklung

Die moderne Medizin durchlief und durchläuft darüber hinaus eine sozialstaatliche Entwicklung. Daran lassen sich ebenfalls gesellschaftliche Veränderungsprozesse anschaulich machen. Noch in der Antike galt der Grundsatz: „*Solidarität kann nicht delegiert werden*".[37] Eine Person wandte sich einem anderen, krisengeplagten Gegenüber im körperlichen, sozialen, psychischen und geistigen Beistand zu.[38]

---

[35] *v. Engelhardt*, in: Arzt-Patient-Beziehung im Wandel, S. 19 (30 f.). Treffend insoweit *Wiethölter*, in: Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (73): „*Unser Tod ist nicht mehr von Gott, so scheint es, sondern ein sinnloses Nichts, die Lebenskraft von daher nicht Zuversicht, Glaube und Lebensmut, sondern einfach Angst vor solchem Nichts. Der Arzt wird als technischer Nothelfer gesehen, sein Tun und Versagen nicht anders gewürdigt als alles sonstige technische Geschehen und Versagen.*"

[36] *Maio*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 21 (21 f.). Es muss ferner beachtet werden, dass mit der Weiterentwicklung der medizinischen Handlungsmöglichkeiten auch die Behandlungsrisiken steigen, vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 12; *Spickhoff*, NJW 2001, 1757 (1758). Der gesellschaftliche und damit auch individuelle Druck in den Zeiten der Leistungsgesellschaft äußert sich umfassend im Bereich der Fortpflanzungsmedizin, umfassend hierzu *Laufs*, Fortpflanzungsmedizin, passim. Darüber hinaus argumentiert die arztrechtliche Rechtsprechung bemerkenswerterweise mit den Anforderungen der Leistungsgesellschaft im Rahmen der Ermittlung der Schmerzensgeldhöhe, vgl. nur OLG Düsseldorf, VersR 1992, 1096; OLG Naumburg, NJW-RR 2002, 672 (673); Urt. v. 14.09.2004 - 1 U 97/03, Juris, Rdnr. 49. Das Schweizer Gendiagnostikrecht hat dabei in Art. 29 GUMG klargestellt, dass präsymptomatische genetische Untersuchungen zum Zweck der Schadensberechnung oder der Schadensersatzbemessung nicht berücksichtigt werden dürfen.

[37] *v. Engelhardt*, in: Arzt-Patient-Beziehung im Wandel, S. 19 (22).

[38] *v. Engelhardt*, in: Arzt-Patient-Beziehung im Wandel, S. 19 (22), unter Verweis auf das Bild der „*Schoßgeburt*" aus der Frühzeit der europäischen Kultur- und Kunstgeschichte.

Die medizinische Hilfe war dabei nicht auf ein ärztliches Handeln beschränkt; vielmehr sollten sich die Menschen untereinander stützen und helfen, um den Genesungsprozess zu fördern. Eine direkte Solidarität im Namen der christlichen Nächstenliebe und Barmherzigkeit, *caritas* und *misericordia*, war auch für das Mittelalter kennzeichnend.[39] Die wechselseitige Fürsorge lässt sich als gelebte Zivilcourage zusammenfassen. Heutzutage erfolgt in der Sozialversicherung überwiegend eine mittelbare Solidarität über die Beitragszahlung. Der dargestellte Grundsatz, dass Solidarität nicht delegiert werden könne, gilt somit nicht mehr in dem eigentlichen, tieferen Sinne. Die Notwendigkeit einer solidarischen Finanzierung eines Gesundheitssystems hatte vor allem folgenden Grund: Der erwähnte, im 19. Jahrhundert schlagartig einsetzende medizinische Fortschritt sollte nicht nur einer (solventen) Minderheit in der Bevölkerung zugutekommen. Daher wurde im Jahr 1883 das Sozialversicherungssystem eingeführt. Es sollte der breiten Bevölkerung mit der solidarischen Finanzierung die Teilnahme am technischen Fortschritt ermöglichen.[40] Die Sozialversicherung prägt nun das Arzt-Patienten-Verhältnis nachhaltig. So hat das Prinzip der solidarischen Finanzierung bis heute die Konsequenz, dass das Behandlungsverhältnis neben der privaten auch eine gesellschaftliche Bedeutung erhalten hat.[41] Laut § 1 BÄO dient der Arzt der Gesundheit des einzelnen Menschen *und* des gesamten Volkes. Der gesellschaftliche Bezug ist notwendig geworden in Zeiten, in denen die Familie als Hort der Pflege und Zuwendung stetig an Bedeutung verliert und durch sozialversicherungsrechtliche Elemente, wie auch die Pflegeversicherung, zusehends ersetzt wird.[42] Die Gemeinschaft der Familie wandelt sich zur Gemeinschaft der Versicherten. Das auch in dem beschriebenen Anspruchsdenken zum Ausdruck kommende Sicherheitsbedürfnis des Menschen ist in der anonymisierten Massengesellschaft gestiegen.[43] Der Arzt kann aber in den seltensten Fällen sowohl seiner individuellen Verpflichtung gegenüber dem Patienten als auch seiner allgemeinen Verantwortung gegenüber der Solidargemeinschaft gerecht werden. Bestehende Konflikte werden sich manifestieren und im Zuge der demographischen Herausforderung ausweiten bzw. verschärfen.[44] Gerade dieser Ausblick verlangt nach einem Be-

---

[39] *v. Engelhardt*, in: Arzt-Patient-Beziehung im Wandel, S. 19 (29), *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 7, m.w.N.

[40] *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 4 Rdnrn. 1 ff., m.w.N; vgl. umfassend zur Entstehungsgeschichte der GKV *Becker/Kingreen*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 1 Rdnrn. 12 ff. Überdies muss bedacht werden, dass der technische Fortschritt zwangsläufig zu einer Spezialisierung geführt hat, die eine alleinige Fürsorge durch Laien ausschloss. Die Sozialversicherung gewährleistet insoweit eine Behandlung durch einen exklusiven Kreis ausgebildeter Professionen.

[41] *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rdnr. 7.

[42] *Bergdolt*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 105 (107). Dabei darf man jedoch nicht der Versuchung erliegen, die Position des Arztes zu überhöhen, etwa im Sinne eines „*emotionalen Familienersatzes*".

[43] *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rdnr. 3.

[44] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 19, m.w.N.

kenntnis zum Vorrang der individuellen Beziehung zu dem einzelnen Patienten. Die ursprüngliche Aufgabe des Arztes liegt in seinem Heilauftrag gegenüber dem Patienten, nicht gegenüber der Sozialversicherung.[45] Soll Vertrauen weiterhin ein zentraler Bestandteil eines jeden Behandlungsverhältnisses sein, so setzt dies die individuelle Freiheit des Arztes und des Patienten voraus.[46] Diese Freiheit wird freilich zwangsläufig im Rahmen des Wirtschaftlichkeitsgebots ausgeübt.

Es wird deutlich, dass der Sozialstaat insgesamt das Zweipersonenverhältnis Arzt-Patient in ein Mehrpersonenverhältnis verwandelt hat. Die medizinsoziologische Folge der sozialstaatlichen Entwicklung ist eine zunehmende *Entpersonalisierung* des Behandlungsverhältnisses. Das persönliche Band zwischen Arzt und Patient wird durch die Ausweitung sozialstaatlicher Einflüsse auf eine erhebliche Belastungsprobe gestellt.

III. Rechtliche Entwicklung

Mit dieser Entwicklungslinie ist die zunehmende Verrechtlichung der Arzt-Patienten-Beziehung eng verknüpft.[47] So sind vor allem die sozialrechtlichen Normen kaum noch selbst für den geübten Rechtsanwender verständlich.[48] Während vor Einführung der Sozialversicherung das Behandlungsverhältnis aufgrund seiner Einzigartigkeit einen außerrechtlichen, nicht zu objektivierenden Status innehatte, wird es heute ebenfalls als (einfaches) Rechtsverhältnis angesehen. Ungeachtet des besonderen Einflusses ethischer Grundwerte,[49] wie etwa des Vertrauens, stehen sich Recht und Ethik insoweit nicht als arztrechtliche Antinomien gegenüber.[50] Der Behandlungsvertrag ist demnach kein außerrechtliches soziales Verhältnis; vielmehr schöpft er seine Einzigartigkeit aus seiner unmittelbaren Vereinigung von Ethik und Recht im Sinne einer Vertrags- und Vertrauensbeziehung.[51] Die Wurzel der Verrechtlichung liegt nun nicht allein in der Einführung

---

[45] So auch *Laufs*, in: FS Deutsch (1999), S. 625. Diese Problematik aktualisiert sich fortlaufend insbesondere in den Fällen des off-label-use, hierzu weiterführend etwa *Dierks/Finn*, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts, § 7 Rdnr. 32; *Walter*, NZS 2011, 361 ff.; *Müller*, Rechtsproblematik des Off-Label-Use, passim; *Goecke*, NZS 2006, 291 (295).

[46] *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rdnr. 7.

[47] Schon relativ früh wurden in der arztrechtlichen Literatur die Auswirkungen der Verrechtlichung auf das Arzt-Patienten-Verhältnis beleuchtet, vgl. etwa *Buchborn*, MedR 1984, 126.

[48] *Clemens*, NZS 1994, 337; *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip, S. 199; *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht, S. 523; *Axer*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts, § 10 Rdnr. 4. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, S. 396, hat diesbezüglich wie folgt Stellung genommen: „*Die Klarheit, Bestimmtheit, Verständlichkeit, Praktikabilität einer Rechtsnorm erweist sich als von den Prinzipien der Demokratie und der Gewaltentrennung gefordert. Sie macht Rechtsverfolgung überhaupt erst möglich.*"

[49] Ausführlich zum Zusammenspiel von Ethik und Recht § 2 A.

[50] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 4.

[51] Vgl. § 4 B I 3 b bb.

der Sozialversicherung. Schon die wissenschaftliche Entwicklung hat zu einer Objektivierung geführt, die als Wegbereiter für eine rechtliche Entwicklung fungiert hat.[52] Diesbezüglich ist wiederum folgendes Phänomen zu beachten: So wie der medizinische Fortschritt und die sozialstaatliche Entwicklung grundsätzlich zu begrüßende Tendenzen der Moderne sind, ist auch die Verrechtlichung des Behandlungsverhältnisses eine im Ursprung positive Erscheinung. Gerade bei Rechtsgütern von zentraler Bedeutung, wie es Leben und Gesundheit zweifellos sind, dürfen sich die Ärzte nicht der staatlichen Kontrolle entziehen.[53] Darüber hinaus kann eine Reglementierung des Behandlungsverhältnisses in einem gewissen systematischen Maße eine Ordnungsfunktion in dem beschriebenen Konflikt zwischen individuellem Patienteninteresse und dem Interesse der Allgemeinheit wahrnehmen. *Heckmann* ist beizupflichten, wenn er anmerkt, dass durch verbindliche Rechtsnormen „*das soziale Leben überhaupt erst planbar*" werde.[54] Objektiv nachvollziehbare Kriterien führen zu einer Vergleichbarkeit der von den Ärzten zu befolgenden Maßstäbe.[55] Eine – dies ist die entscheidende Einschränkung – *angemessene*[56] Normierung kann im Idealfall die Basis für eine Vertrauensbeziehung Arzt-Patient sein. Ungeachtet dieser bedeutenden Funktionen des Rechts, ist es aber die unangemessene, nicht mehr nachvollziehbare, weil unsystematische Normierung, die das Behandlungsverhältnis bürokratisiert und damit belastet. Wenn der Arzt die Behandlung nur noch nach den objektiven, rechtlichen Maßstäben ausrichtet, geht der einzigartige Charakter der Arzt-Patienten-Beziehung verloren. Der Patient verliert sein Vertrauen in den Arzt, wenn er merkt, dass sich dieser nicht offensiv an seinem Wohl, sondern defensiv an eine die Behandlung (vermeintlich) ausschließenden Normierungen orientiert.[57] Die gemäß Art. 20 Abs. 1 GG verfassungsrechtlich garantierte Rechtssicherheit als Bestandteil der Rechtsidee bedarf, wie eingangs angedeutet, im Behandlungsverhältnis einer besonderen Beachtung. Zum einen im Lichte ihres Charakters als Vertrauensbeziehung verlangt die Arzt-Patienten-Beziehung Rechtsklarheit;[58] zum anderen wegen des beschriebenen, gestiegenen Anspruchsdenkens der Patienten mit der damit verbundenen Klagebereitschaft. Muss ein Arzt aufgrund der unklaren bzw. verworrenen Rechtslage mit einer Klage respektive Anklage rechnen, verhält er sich

---

[52] Vgl. auch *Katzenmeier*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 45 (46).

[53] *Katzenmeier*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 45 (46), m.w.N.

[54] *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust, S. 249, m.w.N. Vgl. ferner zu der Bedeutung von Rechtsnormen für die Rechtssicherheit *v. Arnauld*, Rechtssicherheit, S. 242 ff.; die Verkündigung von Rechtsnormen gehört dabei im Sinne der Rechtssicherheit zum Rechtsstaatsprinzip, vgl. BVerfGE 30, 392 = NJW 1971, 1211; BVerfGE 84, 133 = NJW 1991, 1667 (1670); *Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VII, Rdnrn. 51 f., m.w.N.

[55] *Katzenmeier*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 45 (48), m.w.N.

[56] Insoweit mit Grund differenzierend *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 3 Rdnr. 25.

[57] *Katzenmeier*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 45 (50), m.w.N.

[58] Vgl. *Kutzer*, ZRP 2008, 197 (198).

im Zweifel tatsächlich defensiv und eben nicht offensiv, am Patientenwohl orientiert.[59] Formal verfassungsrechtliche Prinzipien können demzufolge konkrete, rechtsgutsbezogene Auswirkungen haben. Fehlende Rechtssicherheit entzieht dem Arzt-Patienten-Verhältnis Vertrauen und damit das Fundament.

IV. Pars pro toto: arbeitsteilig organisierte Medizin

Repräsentativ für die moderne Medizin steht nun der eigentliche Kern der hier zu Beginn unternommenen Legitimationsbemühungen: die Arbeitsteilung. Der Grund der arbeitsteilig organisierten Medizin liegt in der Ökonomisierung infolge Güter- und Ressourcenknappheit. Insoweit gilt: „*Knappheit zwingt zum Wirtschaften*".[60] Gesundheitsökonomische Fragen bestimmen den Alltag in Praxen und Krankenhäusern. Demzufolge muss sich auch das Arztrecht mit den juristischen Folgen der Ressourcenknappheit eingehend beschäftigen.[61] Eine Konsequenz der beschränkten Verfügbarkeit von medizinischen Ressourcen ist die verstärkte Arbeitsteilung im Rahmen von medizinischen Abläufen. Dem gestiegenen Bedürfnis der Bevölkerung nach medizinischen Dienstleistungen steht tatsächlich eine begrenzte Menge an solchen Leistungen gegenüber. Daher bedarf es eines rationalen Einsatzes dieser Mittel, soll in dieser diskrepanten Ausgangskonstellation eine ausgleichende und damit befriedigende Leistungserbringung gewährleistet werden.[62] Eine arbeitsteilige Medizin stellt demnach eine möglichst effektive Verteilung begrenzter Güter sicher. Im Zeitalter von Kostendruck, Ärztemangel und demografischer Entwicklung – um nur einige beliebte Schlagwörter zu nennen – ist die arbeitsteilige Entwicklung unumkehrbar, ja zwingend geboten.[63] Mit den

---

[59] *Katzenmeier*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 45 (53), m.w.N. Dies zeigt sich insbesondere im hochkomplexen Regelungsbereich der Sterbehilfe, in dem sich Rechtssicherheit und Patientenwohl oftmals diametral gegenüberstehen, vgl. *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 132 Rdnr. 3; *Müller/Knöbl*, in: FS Deutsch (2009), S. 371; *Höfling*, JuS 2000, 111 (117); *Merkel*, ZStW 107 (1995), 545 (546 f.); *Knopp/Hoffmann*, MedR 2005, 83; *Rogusch*, ZRP 2006, 164.

[60] *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, S. 18.

[61] Dabei stellt sich vor allem im Arzthaftungsrecht die Frage, welche Auswirkungen die Ressourcenknappheit auf den zu beachtenden Sorgfaltsmaßstab haben kann; eingehend hierzu *Steffen*, in: FS Geiß, S. 487; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X Rdnrn. 21 ff., m.w.N.

[62] Vgl. *Lachmann*, Volkswirtschaftslehre 1, S. 11. Diese Problematik konkretisiert sich im Medizinrecht vor allem bei der Organspende. So könnte ein entstehender Organhandel dazu führen, dass allein ein bestimmter Erkrankter ein dringend benötigtes Organ erhält; gleichzeitig hätte ein solcher Markt finanzielle Anreize bei einem potentiellen Spender zur Folge, vgl. Vgl. BT-Drs. 13/4355, S. 15; 29; *Walter*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. zu § 17 TPG Rdnr. 1. Die gesundheitliche Notlage stünde einer anderen, finanziellen Notlage gegenüber. Der Gesetzgeber hat diese Problematik erkannt und mit den §§ 17, 18 TPG den Organ- und Gewebehandel verboten.

[63] Schon *Platon* und *Aristoteles* und nicht erst *A. Smith* in „*The Wealth of Nations*" waren von einer Produktivitätssteigerung durch Arbeitsteilung überzeugt, vgl. *Koslowski*, Politik und Ökonomie

ökonomischen Vorteilen geht überdies auch eine Wissenskonzentration im Zuge der ausgebreiteten Spezialisierung einher. Da vielfach eine Beschränkung auf bestimmte Handlungsschritte erfolgt, ist die Behandlung in diesem Konzentrationsbereich von einer besonders hohen Sachkenntnis geprägt. Durch diese Spezialisierungen können ebenfalls zunehmend Krankheiten geheilt bzw. gelindert werden. Gleichzeitig betrifft diese Wissenskonzentrierung mit der damit einhergehenden Verantwortungssteigerung neben den ärztlichen auch den nichtärztlichen Bereich, sodass eine Aufwertung der nichtärztlichen Tätigkeit stattfindet.[64] Dies kann dahingehend von Vorteil sein, dass sich der Arzt auf sein eigentliches Kerngebiet konzentrieren kann. Die Arbeitsteilung erfolgt damit in einer vielfältigen Interessenlage und hat – dies soll an dieser Stelle als Zusammenfassung genügen – herauszuhebende ökonomische und objektiv-behandlungsbezogene Vorteile.

Gleichwohl dürfen folgende Risiken nicht unerwähnt bleiben: Zum einen fordert die arbeitsteilige Medizin eine entsprechende Kommunikation und Koordination zwischen den Beteiligten. Die Risiken von Kommunikationsfehlern sind umso höher, je mehr Personen bei der Behandlung eines Patienten beteiligt sind („*Stille-Post-Effekt*"). Die mangelhafte oder gar fehlende Kommunikation ist daher auch oftmals ein Grund für Arzthaftungsprozesse. Ferner fehlt es häufig an Behandlungspersonen, die den koordinierenden Überblick behalten. Dies soll anhand eines kurzen Beispiels aus der Wochenzeitung „*Die Zeit*" dokumentiert werden:[65] Beschrieben wurde das Schicksal eines Krebspatienten, der nach einer Operation aus der Klinik entlassen wurde und seitdem weiterhin unter starken Schmerzen litt. Es stellte sich nach einem Vierteljahr heraus, dass die Darmnaht noch offen war und sich daher aufgrund einer Anastomoseinsuffizienz eine faustgroße Höhle abgestorbener Gewebereste und Eiter gebildet hatte. Bei der Behandlung gab es im Wesentlichen drei Beteiligte: Einmal den Hausarzt, dann eine hochspezialisierte onkologische Gemeinschaftspraxis und schließlich die operierende Klinik. Eine Kommunikation zwischen ambulanter und stationärer Ebene über die noch ausstehenden Behandlungsschritte, etwa bezüglich der noch offenen Naht, fand aber nicht statt. In diesem Falle hätte es eines „*Lotsen*" bedurft, der die einzelnen Behandlungsschritte aufeinander abstimmt. Diese Lotsenfunktion war mit der Einführung der Strukturverträge gemäß § 73 a SGB V bzw. der hausarztzentrierten Versorgung gemäß § 73 b SGB V dem Hausarzt für den ambulanten Bereich zugedacht worden.[66] An der komplikationsträchtigen Schnittstel-

---

bei Aristoteles, S. 37; von *Gaius Lucilius* stammt die Erkenntnis: „*Non omnia possumus omnes*", vgl. *Carstensen/H.-L. Schreiber*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 167.

[64] Diese Entwicklung weist Parallelen zum Rechtspfleger in der Rechtspraxis auf. Zu den unter Umständen bestehenden delegations*pflichtigen* Leistungen näher § 5 B III 1.

[65] *Die Zeit* v. 30.09.2010, S. 43.

[66] Vgl. BT-Drs. 14/1245, S. 56; ferner BSG, GesR 2007, 169 (170); LSG Thüringen, MedR 2007, 746 (752); *Huster*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 73 b Rdnr. 1; *Sproll*, in: Wagner/Knittel, Soziale Krankenversicherung, § 73 SGB V Rdnr. 3.

le zwischen ambulanter und stationärer Ebene klafft aber oftmals noch eine erhebliche Versorgungslücke.

Neben der beschriebenen Kommunikations- und Koordinationsproblematik stellt sich die Frage nach der haftungsrechtlichen Verantwortlichkeit eines Beteiligten. Je größer die Zahl der Behandlungsbeteiligten ist, desto schwieriger gestaltet sich die Feststellung der haftungsrechtlichen Verantwortung. Jeder Beteiligte wird darauf bedacht sein, die Verantwortung auf den anderen Behandlungsteilnehmer zu verweisen („*Schwarzer-Peter-Effekt*").[67] Endlich – und hier wird der Zusammenhang zu den ebenfalls dargestellten Entwicklungslinien der modernen Medizin deutlich – vereinen sich in der arbeitsteiligen Entwicklung sämtliche medizinsoziologische Folgen der modernen Medizin: Erstens kann sich im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin eine Vertrauensbeziehung Arzt-Patient als Fundament eines jeweiligen Behandlungsverhältnisses nur schwerlich entwickeln. Oftmals sieht sich der einzelne Patient einer Schar von ärztlichen und nichtärztlichen Mitarbeitern gegenübergestellt; grundsätzlich ist das Vertrauen aber personal-relativ auf einen bestimmten Arzt bzw. ein kleines Ärzteteam bezogen.[68] Je größer der Personenkreis, desto kleiner ist das Vertrauenspotential. Es wird deutlich: Sämtlichen Entwicklungslinien der modernen Medizin ist die Gefährdung des Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient gemein. Diese Erkenntnis leitet über zu der zweiten Gemeinsamkeit: Die Arbeitsteilung führt im Zweifel ebenfalls, wie schon die wissenschaftliche und sozialstaatliche/rechtliche Entwicklung, zu einer *Anonymisierung* bzw. *Entpersonalisierung*. Mit der Effektivierung und Spezialisierung werden die Behandlungsschritte nicht mehr nach individuellen, vertrauensbezogenen Kriterien vorgenommen; vielmehr wird die Behandlungsbeziehung auf eine rein fachliche, objektiv-naturwissenschaftliche Ebene verlagert. Emotionale Kriterien, wie Vertrauen, Menschlichkeit oder Nächstenliebe, fundamentale Säulen eines Behandlungsverhältnisses, treten in den Hintergrund. Insgesamt lässt sich mit *Marx* als exponierten Kritiker der arbeitsteiligen Wirtschaft von einer Gefahr der *Entfremdung* im Arzt-Patienten-Verhältnis sprechen.[69]

---

[67] Die Rechtsprechung versucht dem durch die recht großzügige Annahme einer gesamtschuldnerischen Haftung der zusammenarbeitenden Ärzte entgegenzuwirken, BGHZ 165, 36 = NJW 2006, 437; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 23. Auf diesem Gedanken fußt wohl auch BGH, NJW 2009, 1740, bezüglich der Haftung des Notfallarztes als Verrichtungsgehilfen des niedergelassenen Vertragsarztes, hierzu näher § 1 B II 3 b cc.

[68] Vgl. § 4 A I 1 b.

[69] Hierzu genauer *Pöttker*, Entfremdung und Illusion, S. 18, m.w.N.

V. Zusammenfassung

Eine grenzenlose, arbeitsteilige Medizin ist allein an den notwendigen ökonomischen Vorteilen, der Effektivierung bzw. Produktivitätssteigung, ausgerichtet. Auf diese Weise werden die Grundpfeiler einer jeden Arzt-Patienten-Beziehung, Vertrauen und persönliche Zuwendung, geschwächt und ein Entfremdungsprozess eingeleitet. Dem muss mit der Entwicklung eines arztrechtlichen Grenzsystems entgegengetreten werden. Diesem Ziel ist die vorliegende Arbeit gewidmet.

B. Terminologische Grundlagen

Angesichts der geschilderten Auswirkungen der Arbeitsteilung auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ist es erstaunlich, dass eine einheitliche juristische Begriffsdefinition nicht vorliegt.[70] Die Terminologien Arbeitsteilung und Delegation/Substitution werden inflationär, gleichwohl uneinheitlich verwendet bzw. in ein unterschiedliches Verhältnis zueinander gestellt. Ein homogenes Begriffsverständnis ist jedoch die Grundlage für eine fruchtbare wissenschaftliche Diskussion. Bevor (vermeintlich) differierende Ansichten gegenüberstellt werden – etwa die Frage nach der Zulässigkeit der Delegation der Patientenaufklärung – sollte zunächst sichergestellt sein, dass ein übereinstimmendes Begriffsverständnis vorliegt.[71] Es überrascht daher nicht der fehlende terminologische Konsens, sondern vielmehr die mangelnde Begriffsdiskussion. Unterbleibt eine terminologische Konkretisierung reden alle Beteiligten aneinander vorbei und meistens wird nicht einmal erkannt, dass es sich so verhält.[72] Diesem Missstand soll im Folgenden durch die Kreation eines einheitlichen terminologischen Fundamentes als Diskussionsgrundlage abgeholfen werden.

I. Arbeitsteilung

1. Rechtsprechung

Die arztrechtliche Rechtsprechung teilt den Begriff der Arbeitsteilung in eine horizontale und vertikale Ebene.[73] Die horizontale Arbeitsteilung hat dabei allein haftungsrechtliche Bedeutung. Insofern wird auch vom Grundsatz der horizontalen Arbeitsteilung gesprochen.[74] Nach diesem Grundsatz können sich bei dem

---

[70] So auch der berechtigte Hinweis von *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen, S. 3.

[71] *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, S. 27. Das gewählte Beispiel der Delegation der Patientenaufklärung veranschaulicht die fehlende Begriffsschärfe sehr deutlich: So schreibt etwa *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 474: „*Ein Delegieren der Aufklärung ist zulässig.*" Diese Aussage setzt aber denknotwendigerweise voraus, dass der Autor unter der *Delegation* auch die Aufgabenzuweisung auf horizontaler Ebene erfasst. Denn eine Übertragung der Patientenaufklärung auf nichtärztliches Personal, also auf vertikaler Ebene, wird grundsätzlich für unzulässig erachtet, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 306.

[72] So nahezu wörtlich *Schneider/Schnapp*, Logik für Juristen, S. 27. Dieser Missstand wurde zuletzt auf dem Niedersächsischen Medizinrechtstag 2011 in mehreren Wortbeiträgen von Praktikern beklagt, da unter der fehlenden Begriffsschärfe nicht nur die wissenschaftliche Diskussion, sondern auch die praktische Tätigkeit leidet.

[73] Stellvertretend BGH, ArztR 1988, 190; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2001, 667 (669).

[74] Vgl. nur BGH, NJW 1991, 1539; BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 (1780); BGHZ 184, 61 = NJW 2010, 1200 (1202); KG Berlin, GesR 2004, 136 (137); OLG Naumburg, MedR 2005, 232; OLG Hamm, MedR 2005, 471 (473); OLG Frankfurt, Urt. v. 18.04.2006 - 8 U 107/05, Juris,

Zusammenwirken mehrerer Ärzte verschiedener Fachrichtungen prinzipiell sämtliche Beteiligte darauf verlassen, dass der andere Kollege seine Aufgabe mit der gebotenen Sorgfalt erfüllt und die Indikation zu der erbetenen Leistung zutreffend gestellt hat.[75] Deshalb ist auch vom *Vertrauensgrundsatz* die Rede.[76] Die horizontale Arbeitsteilung und der Vertrauensgrundsatz sind demnach in der Rechtsprechung untrennbar verbunden. Auf diese Weise sollen die einzelnen haftungsrechtlichen Verantwortungsbereiche beim arbeitsteiligen Zusammenwirken abgeschichtet werden.[77] Sofern ein hierarchisches Verhältnis zwischen den einzelnen Behandlungsbeteiligten vorliegt, wird sich die Terminologie der vertikalen Arbeitsteilung zunutze gemacht.[78] Dieser Begriff hat ebenfalls seinen Zweck allein in der Abgrenzung der einzelnen Haftungsverantwortlichkeiten. Da aufgrund des hierarchischen Verhältnisses der nachgeordnete Dienst grundsätzlich den Anweisungen des leitenden Arztes folgen muss, haften diese nachfolgenden Behandlungspersonen nur bei einem allein von ihnen zu verantwortenden Verhalten, also sofern sich Zweifel an der Richtigkeit der vorherigen Behandlung geradezu aufdrängen.[79] Vom Begriff der Arbeitsteilung ist nach der Rechtsprechung die zeitliche Nachfolge abzugrenzen.[80] Bei der zeitlich anschließenden Behandlung gilt der Vertrauensgrundsatz zunächst nicht mehr, sodass eine eigenständige Überprüfung des nachfolgenden Arztes von Diagnose und Therapie zu erfolgen hat.[81] Insgesamt lässt sich festhalten, dass der Begriff der Arbeitsteilung von der Rechtsprechung allein im haftungsrechtlichen Zusammenhang Verwendung findet.

Rdnr. 27; OLG Koblenz, VersR 2007, 1698; OLG Jena, MedR 2008, 520 (522); OLG Bamberg, MedR 2005, 471 (473); VersR 2008, 259 (261); OLG Düsseldorf, MedR 2009, 285 (290); OLG Köln, Beschl. v. 08.03.2010 - 5 U 116/09, Juris, Rdnr. 7.

[75] Vgl. BGH, NJW 1994, 797 (798); BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 (1780); BGHZ 184, 81 = NJW 2010, 1200 (1202); OLG Düsseldorf, VersR 1984, 643 (644 f.); OLG Oldenburg, VersR 1999, 452 (453).

[76] Vgl. OLG Köln, Urt. v. 17.03.2010 - 5 U 51/09, Juris, Rdnr. 30, m.w.N. Seinen Ursprung hat der Vertrauensgrundsatz im Strafrecht, vgl. etwa BGH, NJW 1980, 649 (650).

[77] Zu diesem dargestellten „*Schwarzen-Peter-Effekt*", § 1 A IV. Vgl. ferner aus der Literatur *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 222; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 1.

[78] Vgl. nur OLG Köln, NJW-RR 1993, 1440; OLG Zweibrücken, Urt. v. 18.03.2003 - 5 U 22/02, Juris, Rdnrn. 51 f.; OLG Celle, Urt. v. 07.05.2001 - 1 U 15/00, Juris, Rdnr. 105; OLG Naumburg, Urt. v. 12.01.2010 - 1 U 77/09, Juris, Rdnr. 48; OLG München Urt. v. 28.01.2010 - 1 U 4408/08, Juris, Rdnr. 28; OLG Brandenburg, VersR 2010, 1601 (1602).

[79] Aus der Strafgerichtsbarkeit BGHSt 43, 306 = NJW 1998, 1802; aus der privatrechtlichen Rechtsprechung OLG Zweibrücken, MedR 1999, 419; OLG Brandenburg, VersR 2010, 1601 (1602); vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 222.

[80] OLG Naumburg, VersR 1998, 983; KG Berlin GesR 2004, 136.

[81] KG Berlin, GesR 2004, 136 (137).

2. Literatur

In der arztrechtlichen Literatur wird nun gleichfalls zwischen horizontaler und vertikaler Arbeitsteilung differenziert.[82] Unter der horizontalen Arbeitsteilung versteht man dabei die Tätigkeit selbstständiger Mediziner in gleichen oder benachbarten Gebieten, bei denen man sich auf die Angaben oder die Tätigkeiten eines anderen verlassen kann.[83] Die horizontale Arbeitsteilung wird demzufolge ebenso mit dem Geltungsbereich des Vertrauensgrundsatzes gleichgesetzt.[84] Diese Form der Arbeitsteilung wird dabei nicht nur innerhalb eines Krankenhauses angenommen; auch die niedergelassenen Ärzte untereinander und die niedergelassenen Ärzte bzw. Krankenhausärzte stehen sich grundsätzlich auf horizontaler Ebene gegenüber.[85] Teilweise wird allerdings einschränkend darauf verwiesen, dass das Hinzuziehen eines Konsiliararztes vom Begriff der Arbeitsteilung nicht erfasst wird.[86] In der Literatur versteht man unter der vertikalen Arbeitsteilung ebenfalls das hierarchisch geprägte Zusammenwirken mehrerer Personen.[87] Diese Begriffsbestimmung geht demnach weitgehend mit der Rechtsprechung konform. Umstritten ist allein, ob tatsächlich die zeitliche Nachfolgetätigkeit noch unter den Begriff der Arbeitsteilung subsumiert werden kann. So sehen einige Literaturvertreter auch in der Anschlussbehandlung die Grundsätze der (horizontalen) Arbeitsteilung greifen.[88]

Neben dieser überwiegend mit der Rechtsprechung übereinstimmenden Terminologieverwendung, wird die Arbeitsteilung ferner in einem weiteren Kontext

---

[82] Vgl. u.a. *Deutsch*, NJW 2000, 1745; *ders.*, VersR 2007, 40 (41); *ders./Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 381 ff.; *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen, S. 4 ff.; *Rumler-Detzel*, VersR 1994, 254; *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 54 ff.; 76; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnrn. 1 ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rdnr. 113; *Erlinger/Bock*, in: Widmaier, Strafverteidigung, § 49 Rdnrn. 43 ff.; *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 13 Rdnrn. 31 ff.; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnrn 599 ff.; *Quaas*, in: Quaas/*Zuck*, Medizinrecht, § 13 Rdnrn. 125 ff.; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnrn. 221 ff. Darüber hinaus wird insbesondere auch im Aktienrecht zur Ermittlung von Haftungsverantwortlichkeiten zwischen der horizontalen und vertikalen Arbeitsteilung differenziert, vgl. nur *Fleischer*, NZG 2003, 449, m.w.N. Zum terminologischen Nutzen des Aktienrechts für die hier intendierte Begriffsbildung ferner § 1 B II 3 b cc. Zudem wird im Rahmen der Produkthaftung nach diesen Kriterien unterschieden, vgl. MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnrn. 602 ff; eingehend zur Arbeitsteilung in Austauschverträgen *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 409 ff.

[83] So etwa *Deutsch*, VersR 2007, 40 (41); ähnlich auch *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 4.

[84] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 381; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 4; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 599.

[85] *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 10.

[86] *Deutsch*, VersR 2007, 40.

[87] Statt vieler *Deutsch*, VersR 2007, 40 (41); *ders./Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 383; *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 13 Rdnr. 41; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 13, m.w.N

[88] Hierzu sogleich § 1 B 3 a bb.

gebraucht: Der Begriff charakterisiert – und darin liegt der entscheidende Unterschied – gleichzeitig die moderne Medizin.[89] Wie auch in diesem Rahmen bereits dargelegt, steht die Arbeitsteilung stellvertretend für eine zunehmende *Entfremdung* innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Es gilt also zusammenzufassen, dass der Begriff der Arbeitsteilung in der arztrechtlichen Literatur im haftungsrechtlichen Sinne mit der Rechtsprechung übereinstimmend gebraucht wird. Darüber hinaus hat der Begriff eine weiterreichende, weil medizinsoziologische Bedeutung.

3. Eigene Begriffsbildung

a. Vertrags- und haftungsrechtliche Bedeutung

aa. Vertragsrecht

Dieser Doppelcharakter der Arbeitsteilung wirft die Frage auf, inwiefern im Arztrecht einheitlich von der Arbeitsteilung gesprochen werden kann. Jene entfaltet mit ihrer medizinsoziologischen Bedeutung zum einen im vertraglichen Pflichtenkreis Wirkungskraft. So hat etwa die persönliche Leistungspflicht des Arztes als vertragliche Primärpflicht ihren teleologischen Ursprung unter anderem in der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt-Patient.[90] Umfang und Ausgestaltung dieser Leistungspflicht kommen dabei in den Zeiten der arbeitsteiligen Medizin eine besondere Bedeutung zu. Dieses Zeitalter schränkt den arztrechtlichen Pflichtenkreis ein und weitet ihn gleichzeitig aus. Der Arzt kann sich auf der einen Seite zu vielen Leistungen schon aus zeitlichen, aber auch aus fachlichen Gründen nicht verpflichten. Insoweit besteht dann keine Pflicht zu einer (höchst-) persönlichen Leistungserbringung. Demgegenüber steigt im Zuge der arbeitsteiligen Medizin die Bedeutung der sorgfältigen Dokumentation, etwa im Bereich der Patientenaufklärung, damit auch die nachfolgenden ärztlichen bzw. nichtärztlichen Kollegen – dem jeweiligen Gesundheitszustand entsprechend – angemessen weiterbehandeln können.[91] Des Weiteren übt die arbeitsteilige Medizin Geltung im Ver-

---

[89] Vgl. § 1 A IV.

[90] Hierzu näher § 4 A I 1 b.

[91] In der früheren Rechtsprechung hat der *BGH* in der Dokumentation lediglich eine „*interne Gedächtnisstütze*" gesehen. Von dieser Rechtsprechung hat der BGH jedoch Abstand genommen und sieht vielmehr die ordnungsgemäße Dokumentation als Teil der vertraglichen Pflichten an, BGHZ 72, 132 = NJW 1978, 2337 (2338 f.), m.w.N. Eingehend hierzu *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnrn. 43 ff., insbesondere auch zu den einzelnen gesetzlichen Regelungen zur Dokumentationspflicht. Zu den beweisrechtlichen Konsequenzen einer unzureichenden Dokumentation BGH, NJW 1987, 1482; NJW 1989, 2330; OLG Düsseldorf, VersR 1997, 748; NJW 2001, 900; OLG Oldenburg, OLGR 2008, 491 (492); OLG Stuttgart, OLGR 2008, 633 (634); OLG Koblenz, OLGR 2008, 676 (678); OLG Zweibrücken, OLGR 2009, 434 (436); OLG München, Urt. v. 17.03.2011 - 1 U 5245/10, Juris, Rdnr. 32;

tragsrecht im weiteren Sinne, im ärztlichen Gebührenrecht, aus. Nicht zuletzt die Spezialisierungen bzw. Subspezialisierungen führen dazu, dass nicht der eigentliche Vertragspartner, der Wahlarzt, behandelt, sondern vielmehr der ständige ärztliche Vertreter im Sinne von § 4 Abs. 2 GOÄ. Es betritt die Frage den Raum, ob auch insoweit von Arbeitsteilung gesprochen werden kann. Der medizinökonomische bzw. medizinsoziologische Hintergrund, die Spezialisierung bzw. Effektivierung mit der damit einhergehenden Entpersonalisierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses, greift auch hier. Demzufolge müsste konsequenterweise auch diesbezüglich von Arbeitsteilung die Rede sein. Die Rechtsprechung und die Literatur sprechen im Rahmen des Gebührenrechts hingegen von der Delegation (wahl-)ärztlicher Leistungen.[92] Unabhängig von der (noch zu klärenden) Frage, in welchem Verhältnis die Begriffe der Arbeitsteilung bzw. der Delegation zueinander stehen,[93] muss vor diesem Hintergrund – im Sinne einer begrifflichen Harmonisierung des Arztvertragsrechts – auch in das Gebührenrecht der Begriff der Arbeitsteilung Einzug erhalten.

bb. Haftungsrecht

Eine terminologische Beschränkung der Arbeitsteilung auf das Vertragsrecht kommt im Lichte des zu berücksichtigenden medizinökonomischen bzw. medizinsoziologischen Hintergrunds nur dann in Betracht, wenn sich das (Arzt-) Haftungsrecht von ökonomischen bzw. soziologischen Erwägungen frei machen könnte. Allerdings ist auch allgemein das Haftungsrecht und konkret das Arzthaftungsrecht von ökonomischen und soziologischen Strukturlinien durchzogen. Dies lässt sich anhand des Produkthaftungsrechts verdeutlichen, das ebenfalls auf die Terminologie der Arbeitsteilung zurückgreift.[94] Hauptsächlich die medizinökonomischen Hintergründe der Arbeitsteilung – primär die Spezialisierung aber auch die Rationalisierung bzw. Effektivierung – haben zur Folge, dass für den Endverbraucher bzw. den Patienten die haftungsverantwortliche Person nur schwerlich festzustellen ist (vgl. „*Schwarzer-Peter-Effekt*")[95]. Der *BGH* führte im grundlegenden *Hühnerpest-Urteil* insoweit treffend aus, dass insbesondere „*die Größe*

OLG Brandenburg, Urt. v. 21.07.2011 - 12 U 9/11, Juris, Rdnr. 16; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 523 ff., m.w.N.

[92] Vgl. sogleich § 1 B II 1.

[93] Dazu § 1 B II 3 c.

[94] Vgl. nur BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (275); NJW-RR 1990, 406. Aus dem Wettbewerbsrecht mit Bezug auf das Medizinprodukterecht OLG Hamburg, Urt. v. 11.10.2007 - 3 U 5/07, Juris, Rdnr. 112; als Handlungsort i.S.v. § 32 ZPO wird bei einer arbeitsteiligen Produktion der Ort qualifiziert, an dem das die Produkthaftung auslösende schadhafte Teil in das Endprodukt eingebaut wird, OLG Stuttgart, NJW-RR 2006, 1362; ferner *Schmidt-Salzer*, NJW 1992, 2871; *M. Fuchs*, JZ 1994, 533; *Bodewig*, Rückruf fehlerhafter Produkte, S. 186 f.

[95] § 1 A IV.

des Betriebs, seine komplizierte, verschachtelte, auf Arbeitsteilung beruhende Organisation“ es im Einzelfall dem Geschädigten nahezu unmöglich machen, die Schadensursache aufzuklären.[96] Daher haben die Beweiserleichterungen sowohl im Rahmen der Produzentenhaftung als auch in der Arzthaftung den gleichen Zweck: Sie dienen der Geltendmachung von haftungsrechtlichen Ansprüchen im Rahmen von arbeitsteiligen Prozessen.[97] *Steffen* merkt diesbezüglich an, sofern der Gesetzgeber mit den „*Veränderungen der wirtschaftlichen, technischen, gesellschaftlichen Gefahrenfelder nicht Schritt halten kann*“, müsse die Rechtsprechung unter Umständen „*Pionierarbeit für den Gesetzgeber leisten*“.[98] Ein solches wirtschaftliches, technisches bzw. gesellschaftliches Gefahrenfeld stellt sowohl für den Endverbraucher als auch den Patienten das arbeitsteilige Handeln dar. In erster Linie Koordinations-, Kommunikations- und Überwachungsmängel können hier vermehrt auftreten (vgl. „*Stille-Post-Effekt*“)[99]. Den mit dieser Entwicklung einhergehenden Gesundheitsgefahren für den Patienten wird durch richterliche Rechtsfortbildung, vor allem durch Beweiserleichterungen, entgegengetreten. Dies gilt auch im Arzthaftungsrecht: So kann den einzelnen Arzt ausnahmsweise die Beweislast treffen, wenn feststeht, dass sich Gefahren verwirklicht haben, die aus dem Bereich der Koordination und Organisation, also aus dem arbeitsteiligen Handeln, herrühren.[100] Der Patient bzw. Endverbraucher muss also genau vor denjenigen Gefahren geschützt werden, die diesem Bereich entspringen. Das Haftungsrecht mit den damit einhergehenden beweisrechtlichen Erleichterungen lässt sich damit nicht losgelöst von den gesellschaftlichen bzw. ökonomischen Hintergründen beurteilen. Vielmehr gilt: Gesellschaftliche Entwicklungen prägen die Ausgestaltung des Haftungsrechts.[101] Insoweit erscheint es zwingend, auch im Rahmen des Arzthaftungsrechts den Begriff

---

[96] BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (275).

[97] Für das Produkthaftungsrecht Staudinger/*Oechsler*, BGB, § 4 ProdHaftG Rdnr. 2; *Deutsch*, VersR 1988, 1197; *Lehmann*, BB 1993, 1603 (1606 f.); *Wagner*, VersR 2001, 1057; *Wandt*, BB 1994, 1436; für das Arztrecht *Katzenmeier*, MedR 2004, 34 (38); *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 109, Rdnr. 1.

[98] *Steffen*, in: FS Brandner, S. 327 (327 f.).

[99] § 1 A IV.

[100] Vgl. BGH, NJW 1986, 776; NJW 1987, 1479; BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 (1780 f.); prägnant OLG Köln, Urt. v. 21.06.1989 - 27 U 156/88, Juris, Rdnr. 8: „*Die Arbeitsteilung darf nicht dazu führen, dass überwachungs- und damit haftungsfreie Räume zu Lasten der Patienten entstehen*“; ferner *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 540; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 109 Rdnrn. 1 ff.; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnrn. 240; 512.; *Katzenmeier*, MedR 2004, 34 (38 f.); *ders.* In: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rdnrn. 112 f., m.w.N.

[101] So auch Staudinger/*Kohler*, BGB, § 40 AtomG, Rdnr. 1, für die Ausgestaltung des Atomhaftungsrechts als Reaktion auf die Tschernobyl-Katastrophe. Treffendes Beispiel aus dem Medizinrecht ist vor allem die Arzneimittelhaftung: Sie ist wiederum das Ergebnis der Contergan-Katastrophe und reagiert auf die Abhängigkeit der Bevölkerung von den einzelnen Medikamenten bzw. die daraus resultierenden Gewinne der pharmazeutischen Industrie, vgl. näher *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 84 AMG Rdnr. 1.

der Arbeitsteilung mit seinem das Haftungsrecht prägenden, gesellschaftlichen Bedeutungsgehalt zu verwenden.

In diesem Zusammenhang muss jedoch zwischen dem haftungsrechtlichen Prinzip der horizontalen/vertikalen Arbeitsteilung und der Arbeitsteilung als ökonomisch-soziologischem Phänomen differenziert werden. Dies illustriert eine Entscheidung des *KG* aus dem Jahr 2003:[102] Der Beklagte zu 1), ein Unfallarzt, hatte sich darauf verlassen, dass der erstbehandelnde Beklagte zu 2) die erforderlichen Röntgenkontrollaufnahmen bzw. Schicht- oder Funktionsaufnahmen durchgeführt hat. Das *KG* lehnt in diesem Fall die Geltung des Grundsatzes der horizontalen Arbeitsteilung (Vertrauensgrundsatz) mit der Begründung ab, dass dieser Grundsatz nur bei der gleichzeitigen Behandlung gelte; es liege kein Fall der horizontalen Arbeitsteilung vor.[103] Diese Argumentation zeigt das Missverständnispotential einer fehlerhaften Begriffsbestimmung auf. Durchaus liegt bei der Zusammenarbeit zwischen dem Beklagten zu 1) und dem Beklagten zu 2) eine horizontale Arbeitsteilung im ökonomisch-soziologischen Sinne vor; allein gilt – und dies ist der entscheidende Punkt – der haftungsrechtliche Grundsatz der horizontalen Arbeitsteilung, der Vertrauensgrundsatz, in diesem Fall (richtigerweise)[104] nicht. Diese Ebenen müssen streng differenziert werden, da ansonsten eine terminologische Klarheit nicht erreicht werden kann.[105]

Zusammenfassend gilt: Der Begriff der Arbeitsteilung hat im Arztrecht sowohl eine vertragsrechtliche bzw. gebührenrechtliche als auch eine haftungsrechtliche Bedeutung. Innerhalb des Haftungsrechts sind jedoch die Arbeitsteilung als medizinsoziologischer Grundsatz mit vertrags- und haftungsrechtlichen Folgen und das haftungsrechtliche Prinzip der Arbeitsteilung (Vertrauensgrundsatz) begrifflich strikt zu trennen.

---

[102] KG Berlin, GesR 2004, 136.

[103] KG Berlin, GesR 2004, 136 (137).

[104] Für einen Anwendung des Grundsatzes der horizontalen Arbeitsteilung im Rahmen der Anschlussbehandlung hingegen *Hart*, in: FS Laufs, S. 843 (872); *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht § 13 Rdnr. 57; dagegen zu Recht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 383; *Steffen/Pauge*, *Arzthaftungsrecht*, Rdnr. 243, in Zustimmung für OLG Naumburg, VersR 1998, 983; KG Berlin, GesR 2004, 136 (137). Nach dieser Ansicht kann auf die Wiederholung belastender Diagnoseeingriffe nur dann verzichtet werden, sofern zuverlässige Aufzeichnungen über frühere Untersuchungen vorliegen. Dafür spricht, dass erst in diesem Fall eine solide Vertrauensgrundlage geschaffen worden ist; im Zweifel gilt schließlich der Grundsatz, dass der Patient vor den besonderen Gefahren der Behandlung durch verschiedene Ärzte zu schützen ist, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 23.

[105] Die haftungsrechtlichen Prinzipien der horizontalen/vertikalen Arbeitsteilung finden demnach immer in Konstellationen der Arbeitsteilung Anwendung; sie sind gleichwohl aus den genannten Gründen begrifflich separat zu erfassen. Zwecks Vermeidung von begrifflichen Unklarheiten sollte besser allein vom *Vertrauensgrundsatz* gesprochen werden.

b. Zusammenarbeit

Dieses Differenzierungsbedürfnis lässt sich ferner anhand des Streitpunktes verdeutlichen, ob die zeitlich nachfolgende Anschlussbehandlung vom Begriff der Arbeitsteilung erfasst wird.[106] Ausgangspunkt für die Beantwortung dieser Fragestellung sollte erneut der ökonomisch-soziologische Begriffsursprung sein. Bei einer Anschlussbehandlung, etwa durch eine Rehabilitations-Klinik,[107] werden regelmäßig ärztliche bzw. nichtärztliche Mitarbeiter aufgrund ihrer Spezialisierung auf einem bestimmten medizinischen Feld tätig. Insofern äußert sich in der Anschlussbehandlung eine Effektivierung der ärztlichen Versorgung, ergo die medizinökonomische Komponente der arbeitsteiligen Medizin. Der erstbehandelnde Arzt bzw. die erstbehandelnde Klinik hat darüber hinaus den Behandlungsauftrag soweit erfüllt, ohne dass freilich die Behandlung insgesamt abgeschlossen wäre. Es bedarf vielmehr einer weiteren Koordinierung zwischen Erst- und Zweitbehandelnden mit dem damit verbundenen Kommunikationsbedürfnis; allein bei einem derartigen gegenseitigen Zuarbeiten, einer Zusammenarbeit im Sinne einer Leistungsübertragung stellen sich die geschilderten Koordinationsprobleme der arbeitsteiligen Medizin.[108] Neben dieser haftungsrechtlichen Brisanz aktualisiert sich auch und vor allem im Arztvertragsrecht das Problem der Zusammenarbeit des liquidationsberechtigten Arztes mit einem externen (Labor-) Arzt.[109] Dabei ist es fraglich, unter welchen Umständen der externe Arzt für seine erbrachte Leistung einen eigenen Vergütungsanspruch gegen den Patienten haben kann, wenn diese Untersuchung eigentlich nicht medizinisch indiziert war. Dabei – und damit kommt als weiteres Wesensmerkmal die medizinsoziologische Komponente der Arbeitsteilung ins Spiel – spielt insbesondere das Vertrauensverhältnis Arzt-Patient eine entscheidende Rolle: Der Patient vertraut dem erstbehandelnden Arzt, dass dieser nur medizinisch erforderliche Leistungen bei einem externen Arzt in Auftrag gibt.[110] Dieses Vertrauensverhältnis würde erodiert, wäre der Patient nun einem weiteren Vergütungsanspruch durch den Laborarzt ausgesetzt; vielmehr muss sich der Laborarzt mit einem Regress an den Erstbehandelnden wenden. Damit wird erkennbar: Die mit dem arbeitsteiligen Handeln einherge-

[106] Hierzu bereits § 1 B I 2.

[107] So lag der Sachverhalt in der Entscheidung des OLG Naumburg, VersR 1998, 983.

[108] Vgl. hierzu erneut den geschilderten Fall des KG Berlin, GesR 2004, 136; ein bloßes Nebeneinanderherarbeiten wird damit begrifflich nicht erfasst, so auch *Deutsch/Spickhoff,* Medizinrecht, Rdnr. 222.

[109] Vgl. jüngst BGHZ 184, 61 = NJW 2010, 1200 = JZ 2010, 466 m. Anm. *Spickhoff.* Zu den vergütungsrechtlichen Fragen im Rahmen der Zusammenarbeit zwischen Vertragsärzten und Krankenhäusern ferner *Dahm*, MedR 2010, 597; zu den haftungs- und vergütungsrechtlichen Auswirkungen einer Zusammenarbeit zwischen Radiologen und anderen Ärzten *Wigge/Kaiser/Fischer/Loose*, MedR 2010, 700.

[110] Vgl. BGHZ 184, 61 = NJW 2010, 1200 (1202).

henden Rechtsfragen stellen sich sowohl im Haftungs- als auch im Vertragsrecht unter der Voraussetzung des zusammenarbeitenden Wirkens.

c. Intra- oder Intersektoralität

aa. Intrasektorale Zusammenarbeit

Die Zusammenarbeit als weiteres begriffliches Element muss freilich näher konkretisiert werden. So wird unter Arbeitsteilung oftmals allein die Kooperation auf stationärer Ebene, vor allem im Bereich der Chirurgie erfasst.[111] Allerdings gilt es in Erinnerung zu rufen, dass arbeitsteiliges Handeln auch zunehmend auf ambulanter Ebene stattfindet.[112] So ist es bislang unüblich, bei einem ärztlichen Zusammenarbeiten auf ambulanter Ebene – etwa im Rahmen einer Berufsausübungsgemeinschaft – von einer Arbeitsteilung zu sprechen. Dabei liegen beispielsweise der Bildung einer Berufsausübungsgemeinschaft[113] vornehmlich medizinökonomische Erwägungen zugrunde. Einzelne spezialisierte Ärzte können durch den Zusammenschluss eine umfassendere medizinische Betreuung gewährleisten und gleichzeitig Geräte sowie auch Personal wirtschaftlicher nutzen.[114] Auch bei anderen ambulanten Organisationsformen – wie der Praxisgemeinschaft oder dem MVZ – greifen diese Vorteile. Zumindest bei fachübergreifenden Zusammenschlüssen kommt es zu einer Spezialisierung und durch die Effektivierung der personellen und technischen Ressourcen überdies zu einer Rationalisierung. Darüber hinaus tritt der einzelne Patient in diesen Organisationsstrukturen regelmäßig nicht mehr nur in den Kontakt zu dem einen Arzt. Folglich kommt es auch hier vermehrt zu einer Entpersonalisierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses. Daher sollte auch bei diesen ambulanten Organisationsformen von Arbeitsteilung gesprochen werden. Vor diesem Hintergrund kann auch das Hinzuziehen eines Konsiliararztes begrifflich nicht außen vor bleiben. Die geschilderten Probleme der (horizontalen) Arbeitsteilung greifen auch hier. Konsequenterweise gebraucht die neuere Rechtsprechung den Begriff der Arbeitsteilung auch im intraambulan-

---

[111] Vgl. nur *Carstensen/H.-L. Schreiber*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient, S. 167; *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen, S. 4, spricht insoweit vom „*Beispiel par excellence*“; instruktiv zur Arbeitsteilung im Bereich der Anästhesie *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463; *dies.*, NZS 2008, 57; ferner bereits *Rumler-Detzel*, VersR 1994, 254; lehrreich zu den Organisationspflichten im Rahmen der stationären, arbeitsteiligen Medizin *Deutsch*, NJW 2000, 1745 (1746 f.).

[112] So der berechtigte Hinweis von *Krahe*, MedR 2005, 691; zu der zunehmenden Ärztekooperation auf ambulanter Ebene ferner umfassend *Engelmann*, in: FS 50 Jahre BSG, S. 429; *ders.* ZMGR 2004, 3; die damit einhergehenden haftungsrechtlichen Probleme haben zuletzt u.a. BGH, NJW 2009, 1740, beschäftigt.

[113] Vgl. *Steinhilper*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 31 Rdnr. 6, zum Begriff der Berufsausübungsgemeinschaft in Abgrenzung zur *Gemeinschaftspraxis*.

[114] *Steinhilper*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 31 Rdnr. 6.

ten Sektor.[115] Allgemein formuliert: Die intrasektorale Zusammenarbeit, ob auf stationärer oder ambulanter Ebene, wird terminologisch erfasst.

bb. Intersektorale Zusammenarbeit

Von der intrasektoralen Zusammenarbeit muss ferner die intersektorale Zusammenarbeit zwischen ambulanten und stationären Einrichtungen differenziert werden. Diese Zusammenarbeit ist ebenfalls als arztrechtliche Arbeitsteilung zu werten, insbesondere gilt hier auch der Vertrauensgrundsatz.[116] Die Koordinationsprobleme mit den damit verbundenen Gesundheitsgefahren für den Patienten treten in vergleichbarer Weise auf.[117] Die Ursache der Zusammenarbeit liegt zudem regelmäßig in der Spezialisierung bzw. in der umfassenderen technischen Ausrüstung des stationären Bereichs. Gleichzeitig tritt der Patient in den Kontakt mit mehreren Ärzten, sodass auch der intersektoralen Zusammenarbeit die Gefahr der Entpersonalisierung innewohnt. Daher wird vom Begriff der Arbeitsteilung auch die intersektorale Zusammenarbeit erfasst.

d. Intra- oder Interdisziplinarität

Nimmt man erneut das klassische Beispiel der Arbeitsteilung zwischen Chirurgen und Anästhesisten auf, bedarf es keiner weiteren Ausführungen, dass die interdisziplinäre Zusammenarbeit eine Arbeitsteilung darstellt. Der Grund für das arbeitsteilige Handeln liegt hier überwiegend in der Spezialisierung des Einzelnen. Unter Arbeitsteilung versteht man aber auch das intradisziplinäre Wirken. Insbesondere das ärztliche Gebührenrecht beinhaltet zahlreiche Beispiele der intradisziplinären Zusammenarbeit.[118] Die Besonderheit liegt hier jedoch darin, dass der medizinökonomische Hintergrund der Zusammenarbeit weniger in der Spezialisierung, sondern vorwiegend in der Rationalisierung bzw. Effektivierung der Tätigkeiten zu sehen ist.[119] Ein Bestandteil der Arbeitsteilung ist damit auch die Intradisziplinarität.

---

[115] Freilich erneut vorwiegend im Hinblick auf das haftungsrechtliche Prinzip der Arbeitsteilung BGHZ 184, 61 = NJW 2010, 1200 (1202 f.); OLG Köln, NJW-RR 2003, 1031; Beschl. v. 08.03.2010 - 5 U 116/09, Juris, Rdnr. 7; OLG Jena, Urt. v. 18.05.2005 - 4 U 641/04, Juris, Rdnr. 36; MedR 2008, 520 (522); OLG Naumburg, MedR 2005, 232 (233); NJW-RR 2009, 28; LG Bochum, Urt. v. 27.01.2010 - 6 O 78/08, I-6 O 78/08, Juris, Rdnr. 59.

[116] OLG Koblenz, MedR 2007, 363 (364); *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts § 100 Rdnr. 10; *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 13 Rdnr. 49.

[117] Vgl. nur den Fall OLG Koblenz, MedR 2007, 363 (364).

[118] Vgl. nur BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, m.w.N.

[119] Das Beispiel der inter- bzw. intradisziplinären Zusammenarbeit zeigt, dass die medizinökonomischen Hintergründe jeweils eine unterschiedliche Ausprägung erfahren können.

e. Zusammenfassende Definition

Für die in diesem Rahmen angestrebte Entwicklung einer Grenze der arbeitsteiligen Medizin lassen sich folgende Erkenntnisse aus der Systematisierung der Arbeitsteilung ziehen: Eine Begriffsbestimmung lässt sich nicht losgelöst von den medizinökonomischen und medizinsoziologischen Wurzeln durchführen; allein unter dieser Voraussetzung werden die arztrechtlichen Auswirkungen der arbeitsteiligen Medizin sichtbar. Zusammenfassend sollte man den Begriff der Arbeitsteilung für das Arztrecht wie folgt definieren:

Arbeitsteilung ist die horizontale oder vertikale[120] *Zusammenarbeit zwischen ärztlichen oder ärztlichen und nichtärztlichen Personen, sowohl im inter- oder intrasektoralen als auch im inter- oder intradisziplinären Bereich.*

II. Delegation/Substitution

1. Rechtsprechung

Der Begriff der Delegation[121] ärztlicher Leistungen wird in der arztrechtlichen Rechtsprechung in einem doppelten Kontext verwendet: Zum einen hat er ebenfalls eine haftungsrechtliche Bedeutung. Sofern eine Aufgabenübertragung auf Dritte erfolgt, ist teilweise nicht von Arbeitsteilung, sondern von der Delegation die Rede.[122] Der Delegationsbegriff meint dabei auf der einen Seite die Aufgaben-

---

[120] Zu der Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Ebene näher die Definition der Delegation bzw. Substitution, § 1 B II 3 c.

[121] Als Synonym wird auch der Begriff *Delegierung* gebraucht, vgl. *Deutsch/Schröder*, Zulässigkeit und Grenzen der Delegierung. Abzugrenzen ist die arztrechtliche Delegation von der römischen Delegationslehre, die auf einem Simultanleistungsgeschäft fußte, näher hierzu *Djazayeri*, Geschichte der Giroüberweisung, S. 42; instruktiv zu der römischen *delegatio* ferner Meder, AcP 198 (1998), 72 (79 ff.); *Schnauder*, JZ 2009, 1092. Innerhalb der Rechtswissenschaft hat der Begriff der *Delegation* vor allem im öffentlichen Recht Bedeutung erlangt, grundlegend hierzu *Triepel*, Delegation und Mandat, passim; allgemein *Möllers*, Gewaltengliederung, S. 178 ff.; *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung, S. 253 ff. Einen interessanten Beitrag zu der Rechtssetzungsdelegation durch privatrechtliche Generalklauseln liefert *Weber*, AcP 192 (1992), 516 (549 ff.). Im öffentlichen Recht versteht man unter der Delegation denjenigen Rechtsakt, durch den ein Hoheitsträger oder ein Hoheitsorgan seine ihm durch das Recht eingeräumte Befugnis zum Erlass von Hoheitsakten auf ein anderes Subjekt überträgt, vgl. *Reinhardt*, Delegation und Mandat, S. 20, m.w.N. Dabei ist es unerheblich, ob es sich um eine im Verwaltungsaufbau nachgeordnete Behörde oder eine hierarchisch gleichgestellte Behörde bzw. sogar um eine Privatperson handelt, vgl. *Triepel*, Delegation und Mandat, S. 97 ff.; *Schenke*, VerwArch 68 (1977), 118 (140); *Reinhardt*, Delegation und Mandat, S. 25.

[122] BGH, NJW 1987, 1479 (1480); BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779 (781); BGHZ 169, 364 = NJW-RR 2007, 310 (311), BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; OLG Dresden, MedR 2009, 410 (411); OLG Karlsruhe, Urt. v. 24.05.2006 - 7 U 242/05, Juris, Rdnr. 25; OLG Brandenburg, Urt. v. 08.11.2007 - 12 U 53/07, Juris, Rdnr. 26; OLG Bamberg, OLGR 2008, 784 (786); OLG Köln, OLGR 2009, 1; zur Delegation im Rahmen der ärztlichen Erstellung eines Sachverständi-

übertragung auf vertikaler Ebene;[123] vice versa wird der Ausdruck der Delegation für die Aufgabenübertragung auf horizontaler Ebene gehandhabt.[124] Zum anderen findet die Terminologie der Delegation ärztlicher Leistungen im Vertragsrecht, konkret im Bereich des ärztlichen Gebührenrechts Anwendung. Insbesondere bei der Aufgabenübertragung von privat liquidierenden Ärzten an Dritte ist von der Delegation die Rede.[125] Der Begriff der Substitution wird bei der arztrechtlichen Rechtsprechung im Rahmen der Übertragung ärztlicher Leistungen hingegen nicht gebraucht.[126]

2. Literatur/Sachverständigenrat

a. Literatur

Die Terminologie der Delegation bzw. Substitution wird in der arztrechtlichen Literatur sehr heterogen verwendet. Teilweise wird unter der Delegation die Durchführung ärztlicher Leistungen unter Aufsicht des zur Leistungserbringung verpflichteten Arztes verstanden.[127] Substitution dagegen ist demgemäß die eigenverantwortliche Erbringung der Leistung des ursprünglich zu dieser Leistung verpflichteten Arztes durch einen Dritten.[128] Beide Begriffe unterscheiden sich also im Verantwortungsgrad des Ausführenden. Des Weiteren wird die Delegation als die Übertragung der Durchführungskompetenz zur Ausübung heilkundlicher Tätigkeiten in eigener Verantwortung beschrieben.[129] Substitution ist dabei die Übertragung der Entscheidungskompetenz.[130] Bei dieser Definition unterscheiden sich beide Begriffe nicht allein im Verantwortungsgrad, sondern darüber hinaus

gengutachtens OLG München, Beschl. v. 04.10.2005 - 1 U 3921/05, Juris, Rdnr. 8; OLG Düsseldorf, Urt. v. 17.10.2008 - I-5 W 41/08, 5 W 41/08 Juris, Rdnr. 11; aus dem Strafrecht BGH, MedR 2007, 304 (305); NStZ 2011, 343 (344).

[123] Stellvertretend BGH NJW 1987, 1479 (1480); BGHZ 169, 364 = NJW-RR, 2007, 310 (311); OLG Dresden, MedR 2009, 410 (411).

[124] Statt vieler BGH, NJW 1993, 779 (781); OLG Bamberg, OLGR 2008, 784 (786); OLG München, Beschl. v. 27.01.2006 - 1 U 5241/05, Juris, Rdnr. 20.

[125] Vgl. etwa BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; OLG Köln, MedR 2009, 290 (291); OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421.

[126] Der Begriff der Substitution ist im Medizinrecht vor allem aus dem Arzneimittelrecht, konkret bei der Frage nach der Austauschbarkeit von Arzneimitteln im Rahmen der Arzneimittelversorgung, bekannt. Dabei gilt für den Bereich der GKV nach § 73 Abs. 5 S. 2 SGB V eine grundsätzliche Substitutionserlaubnis des Apothekers, näher hierzu *Barth*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 129 SGB V Rdnr. 4. Ferner zu dem Zusammenspiel von Rabatten und Substitutionsmöglichkeiten *Mand*, EuR 2007, Beiheft 2, 59 (73).

[127] *Bonvie*, in: Delegation und Substitution, S. 17, ohne einen Verweis auf die Begriffsbildung.

[128] *Bonvie*, in: Delegation und Substitution, S. 17, ebenfalls ohne einen Verweis auf die Begriffsbildung.

[129] *Schabram*, in: Delegation und Substitution, S. 1, unter Verweis auf *Roters* (GBA).

[130] *Schabram*, in: Delegation und Substitution, S. 1, wiederum unter Verweis auf *Roters*.

im Verantwortungsbereich. Nach der delegierenden Person wird wiederum – zumindest für den Pflegebereich – von einer weiteren Stimme die unmittelbare und die mittelbare Delegation differenziert. Unmittelbare Delegation bedeutet dabei, dass die Delegation ärztlicher Tätigkeiten direkt vom Arzt auf die nachgeordnete Pflegekraft erfolgt.[131] Bei der mittelbaren Delegation delegiert hingegen nicht direkt der Arzt, sondern eine zwischengeschaltete Pflegekraft.[132]

Katzenmeier und *Schrag-Slavu* bestimmen wieder anders die Delegation als die Übertragung der Durchführung einer medizinischen Maßnahme durch einen Arzt auf nichtärztliches Personal, wobei die Delegation immer nur zu einer Assistenz im Einzelfall und nie zu einer eigenständigen Ausübung der Heilkunde neben oder anstelle des Arztes führen könne.[133] Unter der Substitution verstehen beide – im Unterschied zur Delegation – die originäre Zuweisung einer Tätigkeit durch eine ärztliche an eine nichtärztliche Person.[134] Außerdem wird die Delegation terminologisch auf die Übertragung einer Arbeitsaufgabe von einer Person höherer Stellung auf eine ihr unterordneten Person beschränkt.[135] *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer* sprechen bei der Delegation dagegen viel weiter von einer einseitigen Übertragung von Aufgaben.[136] Sie differenzieren also weder nach Verantwortungsbereich oder Verantwortungsgrad, nach der delegierenden Person oder der hierarchischen Ebene. Dieses weite Begriffsverständnis findet Zustimmung, wenn die Delegation als Übertragung von (Teil-) Leistungen an Ärzte verstanden wird.[137] Im Ergebnis stellt jedoch dieses weite Verständnis eine Ausnahme dar, weil es im Gegensatz zu den anderen Autoren die Delegation nicht allein auf die vertikale Ebene limitiert. Die Rechtsprechung hingegen kennt, wie dargelegt, auch die Delegation auf horizontaler Ebene.[138] Die Literatur setzt demgegenüber weitgehend den Begriff der Delegation mit dem der vertikalen Arbeitsteilung gleich.[139]

---

131 *Sträßner*, Haftungsrecht für Pflegeberufe, S. 247, freilich ohne weitere Verweise auf die Begriffsbildung.

132 *Sträßner*, Haftungsrecht für Pflegeberufe, S. 247.

133 *Katzenmeier/Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin, S. 45.

134 *Katzenmeier/Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin, S. 45.

135 *Neumann-Wedekindt*, MedR 1997, 397 (399).

136 *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107 (110).

137 *Schirmer*, Vertragsarztrecht kompakt, S. 363, ebenfalls ohne einen Verweis auf die Begriffsbildung; den Begriff der Delegation ebenfalls auf die horizontale Ebene beschränkend wohl auch *Steinhilper*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 26 Rdnr. 52; *Hamann/Fenger*, Allgemeinmedizin und Recht, S. 56;.

138 § 1 B II 1.

139 Etwa *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen, S. 5.

b. Sachverständigenrat

Von der arztrechtlichen Literatur nahezu unbemerkt geblieben, ist im Gutachten des Sachverständigenrates zur Begutachtung der Entwicklung im Gesundheitswesen aus dem Jahr 2007 eine Bestimmung der Begriffe Delegation bzw. Substitution erfolgt. Dieses Gutachten konstatiert dabei gleichfalls, dass eine Delegation bzw. Substitution auf horizontaler Ebene möglich ist: Bei der Substitution/Delegation auf gleicher Ausbildungsebene wird von horizontaler Substitution/Delegation gesprochen.[140] Bei ungleichen Ausbildungsgraden spricht das Gutachten hingegen von vertikaler Substitution/Delegation.[141] Allgemein wird die Substitution danach als die Übernahme bestimmter Tätigkeitsinhalte einer Berufsgruppe durch eine andere definiert.[142] Die Delegation unterscheidet sich von der Substitution nur dadurch, dass es nicht zu einem dauerhaften Übergang des Tätigkeitsinhalts kommt.[143] Die Begriffe Delegation und Substitution stimmen demnach grundsätzlich überein. Sie unterscheiden sich allein in zeitlicher Hinsicht. Dieses weite Begriffsverständnis wurde teilweise aus der arztrechtlichen Literatur übernommen.[144] Der wichtige Unterschied zwischen Rechtsprechung/Literatur und dem neuen Begriffsansatz des Sachverständigenrates ist folgender: Erstere differenzieren Delegation/Substitution hierarchisch begriffsimmanent und zwar nach der Weisungsabhängigkeit. Der Sachverständigenrat hingegen trennt hierarchisch begriffsextern nach dem Ausbildungsgrad.

3. Eigene Begriffsbildung

In Anbetracht diese vielstimmigen Chores und der fehlenden argumentativen Diskussion bei der Begriffsbildung kann und soll auf die einzelnen Definitionsansätze an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Im Gegensatz zu der Arbeitsteilung ist die Delegation/Substitution kein ursprünglich ökonomischer bzw. soziologischer Begriff, sondern vielmehr im privatrechtlichen System verortet. Daher soll im Folgenden – dem systematischen Anspruch der Arbeit entsprechend – der Versuch unternommen werden, aus dem Privatrecht heraus, eine eigene Begriffsbestimmung vorzunehmen. Allein auf diese Weise kann ein taugliches, weil nachvollziehbares terminologisches Fundament geschaffen werden, das als Grundlage für weitere begriffliche, aber vor allem auch inhaltliche Diskussionen dienen kann.

---

[140] BT-Drs. 16/6339, S. 54, mit dem Beispiel der Aufgabenverschiebung zwischen den gleichen Facharztgruppen.

[141] BT-Drs. 16/6339, S. 54.

[142] BT-Drs. 16/6339, S. 54.

[143] BT-Drs. 16/6339, S. 54.

[144] Vgl. *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463, die zudem von der Delegation/Substitution noch die *Assistenz* unterscheiden.

a. Aufgabenübertragung im Privatrecht: Weisungsabhängigkeit als Differenzierungskriterium

Bei aller beschriebenen Uneinigkeit hinsichtlich der Definition von Delegation/Substitution[145] herrscht doch Eintracht in der Erkenntnis, dass beiden Begriffen eine Aufgabenübertragung auf Dritte zugrunde liegt. Mit diesem kleinsten gemeinsamen Nenner beginnend, bedarf es der Ermittlung eines privatrechtlichsystematischen Kriteriums, wonach bei der Aufgabenübertragung auf Dritte differenziert wird. Sollte ein solches Abgrenzungskriterium zu ermitteln sein, müsste eine arztrechtliche Terminologie Delegation/Substitution ein solches einbeziehen, will sie nicht als systemfremd erscheinen.

aa. Stellvertretungsrecht

Eine wesentliche Erscheinung der Aufgabenübertragung stellt im Privatrecht das Stellvertretungsrecht gemäß §§ 164 ff. BGB dar. Als zentrales Wesensmerkmal ist dabei dem Repräsentationsgrundsatz Beachtung zu schenken. Danach ist der rechtsgeschäftlich Handelnde allein der Vertreter und nicht der Vertretene.[146] Konsequenterweise kommt es gemäß § 166 Abs. 1 BGB bei etwaigen Willensmängeln bzw. der Wissenszurechnung auf den Willen des Vertreters an. Als Ausnahme von diesem Grundsatz wird gemäß § 166 Abs. 2 BGB allein dann auf den Wissensstand des Vertretenen rekurriert, wenn der Vertreter nach bestimmten *Weisungen* des Vollmachtgebers gehandelt hat. Mag der Begriff der Weisung im Rahmen von § 166 Abs. 2 BGB auch sehr weit ausgelegt werden,[147] lässt sich be-

---

[145] Der Begriff der *Delegation* entspringt dem lateinischen „*delegare*", übersetzt: zuweisen, übertragen, anvertrauen. Die Substitution stammt vom lateinischen „*substituere*", übersetzt: ersetzen. Beiden Begriffen ist demnach vom begrifflichen Ursprung her, keine Zuteilung zu einer horizontalen oder vertikalen Ebene immanent.

[146] Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 164 Rdnr. 2; Staudinger/*Schilken*, BGB, Vorb. zu § 164 Rdnrn. 32 ff.; MünchKomm/*Schramm*, BGB, Vorb. zu § 164 Rdnrn. 67 ff.; *Valenthin*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 164 Rdnr 16; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rdnr. 1294; *Mock*, JuS 2008, 309 (310 f.); instruktiv zur historischen Entwicklung des Repräsentationsprinzips im Stellvertretungsrecht *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 752 ff. Kritisch gegenüber dem Repräsentationsprinzip hat sich in jüngerer Vergangenheit *Beuthien*, in: FS Medicus, S. 1 ff.; *ders.* NJW 1999, 3585, geäußert: Danach gibt der Stellvertreter gemäß der Geschäftsherrntheorie keine eigene, sondern vielmehr ein fremde Willenserklärung ab. Freilich läuft diese Ansicht *Beuthiens* dem insoweit eindeutigen Wortlaut des § 164 Abs. 1 S. 1 BGB zuwider, wonach eine Willenserklärung unmittelbar für und gegen den Vertretenen „*wirkt*", also keine Willenserklärung des Vertretenen „*ist*", daher überzeugend gegen diesen Ansatz der Geschäftsherrntheorie Staudinger/*Schilken*, BGB, Vorb. zu § 164 Rdnr. 32.

[147] Unter einer Weisung i.S.v. § 166 Abs. 2 BGB wird bereits die Veranlassung des Bevollmächtigten zu einem bestimmten Rechtsakt verstanden, vgl. RGZ 131, 343 (356); 161, 153 (161); BGHZ 38, 65 = NJW 1962, 2251; BGHZ 50, 364 = NJW 1969, 37 (38); Palandt/*Heinrichs*, BGB, § 166 Rdnr. 11; Staudinger/*Schilken*, BGB, § 166 Rdnr. 33; BGB-RGRK/*Steffen*, § 166 Rdnr. 24; MünchKomm/*Schramm*, BGB, § 166 Rdnr. 58; *Habermeier*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 166

reits aus der Rechtsgeschäftslehre folgende Erkenntnis ziehen: Bei der Aufgabenübertragung auf einen Stellvertreter wird nach der Weisungsabhängigkeit differenziert.

bb. Besitzdiener und Besitzmittler

Nach diesem Kriterium der Weisungsabhängigkeit wird ferner im Sachenrecht bei der Abgrenzung zwischen dem Besitzdiener gemäß § 855 BGB und dem Besitzmittler gemäß § 868 BGB unterschieden.[148] Der weisungsabhängige Besitzdiener übt die tatsächliche Gewalt über eine Sache für einen anderen, den Besitzherrn, aus. Der Besitzmittler hingegen ist nicht dem weisungsabhängigen, jederzeitigen Zugriff durch den mittelbaren Besitzer ausgesetzt.[149]

cc. Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfe

Legt man schließlich den Fokus auf die beiden zentralen privatrechtlichen Ausprägungen des vertraglichen und deliktischen Haftungsrechts bei einer Aufgabenübertragung, die Haftung für Erfüllungsgehilfen im Sinne von § 278 BGB und die deliktische Gehilfenhaftung gemäß § 831 BGB,[150] wird mit der Weisungsabhängigkeit erneut eine systematische Verbundenheit erkennbar. Während beim Erfüllungsgehilfen eine Weisungsabhängigkeit die Regel ist, jedoch nicht vorausgesetzt wird,[151] ist das hierarchische Moment ein Alleinstellungsmerkmal des Verrichtungsgehilfen.[152] Kurzum: Die Weisungsabhängigkeit ist eine hinreichende, wenngleich keine notwendige Bedingung des privathaftungsrechtlichen Systems bei der Aufgabenübertragung auf Dritte. Der Ausbildungsgrad hingegen, der vom Sachverständigenrat als hierarchisches Differenzierungskriterium

Rdnr. 25; jeweils m.w.N. Diese weite Auslegung liegt im Telos der Vorschrift begründet, wonach nicht durch die Bevollmächtigung eines arglosen Dritten, die gesetzliche Folge des § 166 Abs. 1 BGB umgangen werden soll, vgl. erneut BGHZ 50, 364 = NJW 1969, 37 (38); *Müller-Freienfels*, Vertretung beim Rechtsgeschäft, S. 399.

[148] Staudinger/*Bund*, BGB, § 855 Rdnr. 6; MünchKomm/*Joost*, BGB, § 868 Rdnr. 7.

[149] MünchKomm/*Joost*, BGB, § 868 Rdnr. 7.

[150] Instruktiv hierzu *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 206 ff.; 212 ff.; ferner § 3 B. II.

[151] Zum Begriff des Erfüllungsgehilfen näher Staudinger/*Löwisch*/*Caspers*, BGB, § 278 Rdnr. 25, m.w.N. Die Haftungszurechnung nach § 278 BGB steht grundsätzlich im Widerspruch zum geltenden Verschuldensprinzip, da dem Leistungsschuldner ein *fremdes* Verschulden zugerechnet wird, vgl. Staudinger/*Löwisch*/*Caspers*, BGB, § 278 Rdnr. 1. Allerdings ist diese Verschuldenszurechnung vor folgendem wirtschaftlichen Hintergrund gerechtfertigt: Wer aus der Einschaltung Dritter einen wirtschaftlichen Nutzen zieht, soll auch die mit der Einschaltung Dritter verbundenen Schäden tragen, vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 207 f., der aus diesem Gedanken heraus das privatrechtliche „*Prinzip der verschärften Haftung im geschäftlichen Kontakt*“ herleitet, vgl. *ders.*, System und Prinzipien, S. 210 ff.

[152] Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 207; 212.

ins Spiel gebracht wurde, ist dem privatrechtlichen System fremd. Dies lässt sich anhand eines aktuellen arztrechtlichen Urteils des *BGH* zum Umfang der Weisungsbefugnis gegenüber einem Verrichtungsgehilfen illustrieren. In diesem Sachverhalt ging es um die notärztliche Vertretung einer ärztlichen Gemeinschaftspraxis. Klärungsbedürftig war die Frage, ob der ärztliche Vertreter als Verrichtungsgehilfe der Gemeinschaftspraxis qualifiziert werden kann. Verrichtungsgehilfe ist dabei in Abgrenzung zum Selbstständigen derjenige, der weisungsabhängig im fremden Verantwortungsbereich tätig wird.[153] Der *BGH*[154] führt in diesem Zusammenhang aus, dass das Weisungsrecht „*nicht ins Einzelne zu gehen*" braucht; Verrichtungsgehilfe könne vielmehr auch derjenige sein, der „*auf Grund eigener Sachkunde und Erfahrung zu handeln hat*". Entscheidend sei allein, „*dass die Tätigkeit in einer organisatorisch abhängigen Stellung vorgenommen*" werde. Die Weisungsbefugnis auf vertikaler Ebene kann nach diesen Ausführungen auch dann bestehen, wenn im Grundsatz ein gleicher Ausbildungsstandard zwischen Geschäftsherrn und Gehilfe, in casu zwischen den Ärzten der Gemeinschaftspraxis und dem ärztlichen Vertreter, besteht.
Das privatrechtliche System differenziert folglich sowohl im Rahmen der Rechtsgeschäftslehre als auch im Sachen- bzw. im Haftungsrecht bei der Aufgabenübertragung hierarchisch entscheidend nach dem Kriterium der Weisungsabhängigkeit. Diese Erkenntnis muss bei der Begriffsbestimmung im Folgenden berücksichtigt werden, soll eine systemimmanente Terminologie geschaffen werden.

b. Delegation/Substitution: eine systemimmanente Terminologie

aa. Auftragsrecht und ausländisches Recht

(1) § 664 BGB als Schaniernorm

Bei dieser privatrechtssystematischen Begriffsbildung soll im Ausgangspunkt mit § 664 BGB auf eine weitgehend im Schatten stehende Norm zurückgegriffen werden, die jedoch für die intendierte Begriffsentwicklung eine wichtige Schanierfunktion erfüllt: Auf der einen Seite regelt sie einen Fall der Aufgabenübertragung auf Dritte; auf der anderen Seite – und dies ist entscheidend – hat sich innerhalb dieser Norm eine Begriffstradition herausgebildet, die für den hier verfolgten Zweck gewinnbringend eingesetzt werden kann. Hierbei erweist sich nicht allein

---

[153] Stellvertretend RGZ 51, 199 (201); BGHZ 14, 163 = NJW 1954, 1682 (1684); NJW 1956, 1715; BGHZ 45, 311 = NJW 1966, 1807 (1808); BGHZ 80, 1 = NJW 1981, 1516; BGHZ 103, 298 = NJW 1988, 1380 (1381); NJW-RR 1989, 723 (724); NJW 1994, 2756 (2757); NJW 2009, 1740 (1741); Soergel/*Krause*, BGB, § 831 Rdnr. 19; Staudinger/*Belling*, BGB, § 831 Rdnr. 59; *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden, S. 347.

[154] BGH, NJW 2009, 1740 (1741); so auch schon BGH, NJW 1956, 1834 (1835).

diese nationale Vorschrift als hilfreich; vielmehr sollen sich darüber hinaus die verwandten, ausländischen Normen als sachdienlich erweisen.

Gemäß § 664 Abs. 1 S. 1 BGB darf der Beauftragte im Zweifel die Ausführung des Auftrags nicht einem sogenannten *Dritten* übertragen. Das Telos dieser Vorschrift liegt darin, die Höchstpersönlichkeit des Auftragsverhältnisses als Ausdruck eines besonderen Vertrauensverhältnisses zu verdeutlichen.[155] Dieser teleologische Hintergrund fördert eine wesentliche Gemeinsamkeit mit dem Arztrecht überhaupt, konkret mit dem Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht als Ausdruck des besonderen Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient zu Tage. Von der Übertragung des Auftrags an einen *Dritten* wird nun in § 664 Abs. 1 S. 3 BGB terminologisch die Aufgabenübertragung auf einen sogenannten *Gehilfen* unterschieden.[156] Die Einschaltung eines *Gehilfen* als Hilfsperson ist dabei – im Gegensatz zu der Übertragung an einen *Dritten* – als gesetzliche Regel grundsätzlich zulässig.[157] Aus § 664 BGB lässt sich folglich induktiv der allgemeine Grundsatz ableiten: Bei der Aufgabenübertragung im Rahmen eines bestehenden Vertrauensverhältnisses muss terminologisch exakt die Übertragung an *Dritte* von der Übertragung an *Gehilfen* differenziert werden.

Dabei drängt sich nun die Frage auf, nach welchen Kriterien diese terminologische Differenzierung vorzunehmen ist. Frühere Ansätze nahmen eine Trennung nach dem Umfang der Aufgabenübertragung vor. Allein wenn eine vollständige Übertragung vorlag, sollte eine Übertragung auf einen *Dritten* gegenständlich sein.[158] Zieht man nun den beschriebenen teleologischen Hintergrund des § 664 BGB zu Rate, muss diesem Abgrenzungsweg die Gefolgschaft versagt werden. Eine Gestattung der Übertragung gemäß § 664 Abs. 1 S. 2 BGB kann aufgrund des bestehenden Vertrauensverhältnisses auch dann geboten sein, wenn nur eine teilweise Übertragung vorliegt.[159] Der Umfang der Aufgabenübertragung erweist

---

[155] Palandt/*Sprau*, BGB, § 664 Rdnr. 1; Staudinger/*Martinek*, BGB, § 664 Rdnr. 1; MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 1, *Fischer*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 664 Rdnr. 2; *Schulze*, in: Schulze, BGB, § 664 Rdnr. 1; *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 119; *Raab*, Austauschverträge, S. 116.

[156] Dies unterscheidet § 664 BGB entscheidend von § 278 BGB, der seinerseits nur allgemein von den *Personen* spricht, vgl. auch *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 130.

[157] MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 12; Staudinger/*Martinek*, BGB, § 664 Rdnr. 17; da für den Gläubiger in der Regel nicht von Bedeutung ist, von wem er die geschuldete Leistung erhält, vgl. *v. Koppenfels-Spies*, cessio legis, S. 84. Mit § 267 BGB hat der Gesetzgeber die persönliche Leistungspflicht des Schuldners zur Ausnahme statuiert; teilweise wird darin eine Privilegierung des Schuldners gesehen, vgl. etwa *Medicus*, JuS 1974, 613 (620).

[158] Vgl. stellvertretend RGZ 78, 310 (312 f.); BGB-RGRK/*Alff*, § 278 Rdnr. 25; näher hierzu der ausführliche Überblick bei *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 103 ff.

[159] So auch *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 119 f., mit dem Beispiel der Übertragung einer Hausverwaltung. Der Auftraggeber wird in der Regel bereits dann eine Gestattung nach § 664 Abs. 1 S. 2 BGB vornehmen wollen, wenn nur eine teilweise Aufgabenübertragung durch den eigentlichen Auftragnehmer vollzogen wird.

sich demnach als ein untaugliches Abgrenzungskriterium. Vielmehr wird überwiegend mit Grund auf den Grad der Selbstständigkeit des Dritten abgestellt.[160] Diese Abgrenzung beruht – daraus zieht diese Differenzierung ihre Überzeugungskraft – primär auf der teleologischen Betrachtung des § 664 BGB. Bei einem bestehenden Vertrauensverhältnis hat der Vertrauende regelmäßig ein besonderes Interesse an der (höchst-) persönlichen Leistungserbringung. Dieses Interesse wird – wie aufgezeigt – nicht erst dann berührt, wenn eine vollständige Aufgabenübertragung an einen Dritten erfolgt; eher ist es bereits dann gefährdet, wenn ein selbstständiger, von der Vertrauensperson weisungsunabhängiger Dritter die grundsätzlich in Person zu erbringende Tätigkeit übernimmt.[161] Das Gefährdungspotential der Aufgabenübertragung ist vice versa dann geringer, wenn der Dritte einer Weisung des Übertragenden unterliegt. Dann hat der Auftragnehmer, die Vertrauensperson, weiterhin eine Einflussmöglichkeit auf den Dritten. Diese Differenzierung anhand der Weisungsabhängigkeit fügt sich darüber hinaus in das beschriebene privatrechtliche System ein.[162] Danach wird bei der Aufgabenübertragung auf Dritte nach der Weisungsabhängigkeit differenziert. Vor diesem teleologischen und systematischen Hintergrund kann allein folgender Differenzierungsweg mit gesamtsystematischer Überzeugung und Klarheit beschritten werden: Es bedarf einer Weisungsabhängigkeit des Gehilfen, damit eine Aufgabenübertragung an diesen keiner Gestattung im Sinne von § 664 Abs. 1 S. 2 BGB bedarf. Kurzum: Der *Gehilfe* im Sinne von § 664 Abs. 1 S. 3 BGB steht zu dem Geschäftsherrn in einem weisungsgebundenen Abhängigkeitsverhältnis.[163] Dies verbindet den *Gehilfen* im Sinne von § 664 Abs. 1 S. 3 BGB mit dem Verrichtungsgehilfen gemäß § 831 BGB. Der Begriff des *Gehilfen* im Sinne von § 664 Abs. 1 S. 3 BGB muss demzufolge teleologisch reduziert werden: Während Erfüllungsgehilfe gemäß § 278 BGB, wie dargelegt,[164] auch derjenige sein kann, der keinen Weisungen des Schuldners unterliegt, ist der *Gehilfe* im Sinne von § 664 Abs. 1 S. 3 BGB im Gegensatz zum Substituten den Weisungen des Auftragnehmers ausgesetzt.[165] Damit steht fest, dass mit § 664 BGB als privatrechtsdogmatischen Ausgangspunkt das deutsche Privatrecht eine Norm kennt, die im Rahmen eines persönlichen Ver-

---

[160] Vgl. nur BGH, NJW 1993, 1704 (1705); MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 4; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/1, S. 414 f.; *Hansen*, BB 1989, 2418 (2420); BGB-RGRK/*Steffen*, § 664 Rdnr. 2; *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 122 ff., m.w.N.

[161] *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 124.

[162] § 1 B II 3 a.

[163] Vgl. nur MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 4. Ferner Soergel/*Beuthien*, BGB, § 664 Rdnr. 3. Die Vorschrift des § 664 Abs. 1 S. 3 BGB hat allein eine klarstellende Funktion, vgl. MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 13; es ist die gesetzliche Regel, dass derjenige, der sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit eines Dritten bedient nach § 278 BGB dessen Verschulden zu vertreten hat.

[164] § 1 B II 3 a cc.

[165] MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 4; *Koller*, ZIP 1985, 1243 (1247); *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 122 ff.; *Hansen*, BB 1989, 2418 (2420); vgl. auch *Larenz*, Schuldrecht II/1, S. 414 f.

trauensverhältnisses die Aufgabenübertragung danach differenziert, ob sie horizontal auf einen selbstständigen Dritten oder vertikal auf einem unselbstständigen Gehilfen erfolgt. Entscheidend ist freilich, dass innerhalb von § 664 Abs. 1 S. 3 BGB systemimmanent traditionell die Aufgabenübertragung auf einen (weisungsunabhängigen) *Dritten* als *Substitution* bezeichnet wird.[166] Die Gemeinsamkeiten zwischen der persönlichen Leistungspflicht des Auftragnehmers und des Arztes, insbesondere der übereinstimmende teleologische Hintergrund, sprechen für die arztrechtliche Übernahme des terminologischen Verständnisses der Substitution aus dem Auftragsrecht.

(2) Geltungskraft im Rahmen von entgeltlichen Verträgen

So vielversprechend § 664 BGB zunächst als privatrechtsdogmatische und damit auch terminologische Ausgangsbasis erscheinen mag, streut der unentgeltliche Charakter des Auftragsrechts Zweifel an der terminologischen Dienlichkeit für den Behandlungsvertrag als grundsätzlich entgeltliches Austauschverhältnis.[167] Bedenken ruft vor allem § 675 Abs. 1 BGB hervor, der nicht expressis verbis auf § 664 BGB verweist. Daraus wird teilweise e contrario geschlossen, dass § 664 BGB bei entgeltlichen Verträgen keine Berücksichtigung finden kann.[168] Die Argumentation gegen eine Anwendung des § 664 BGB auf entgeltliche Verträge erweiset sich prima vista als einleuchtend. Dessen ungeachtet verleitet – darauf wird mit Grund hingewiesen –[169] eine fehlende gesetzliche Regelung zu übereilten, ja Telos und Systematik außer Acht lassenden Schlussfolgerungen. So ist eine Beschränkung einer bestimmten Rechtsfolge X auf einen bestimmten Tatbestand Y erst dann rechtsmethodisch vereinbar, wenn dies ersichtlich vom Gesetzgeber gewollt oder nach dem Telos geboten ist.[170] Genau dies ist aber nicht der Fall: Vorschriften wie §§ 713, 2218 BGB verweisen – anders als § 675 Abs. 1 BGB – auf § 664 BGB, obwohl auch geschäftsführende Gesellschafter bzw. Testamentsvollstrecker grundsätzlich nur entgeltlich tätig sind.[171] Zum anderen steht das in § 664 BGB zum Ausdruck kommende Vertrauensverhältnis in keinem Zusam-

---

[166] Vgl. schon RGZ 78, 310; Mot. II., S. 531 ff.; ferner *Metzler*, AcP 159 (1960/61), 143; Staudinger/*Martinek*, BGB, § 664 Rdnr. 1; MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 4; *Fischer*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 664 Rdnr. 3; *Larenz*, Schuldrecht II/1, S. 414, spricht bei der Substitution von „*einem unschönen Ausdruck*".

[167] Einen ausführlichen Überblick über den Meinungsstand liefert *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 77 ff. Zu der Problematik der Vergütung der ärztlichen Leistung als (vermeintliche) Leistungspflicht des Kassenpatienten näher § 4 B I 3 b cc.

[168] RGZ 161, 68 (70); Metzler, AcP 159 (1960/61), 143 (154 f.); BGB-RGRK/*Steffen*, § 675 Rdnr. 26; grundsätzlich auch Staudinger/*Martinek*, BGB, § 664 Rdnr. 21.

[169] *Larenz*, Methodenlehre, S. 390.

[170] *Larenz*, Methodenlehre, S. 390.

[171] So mit Recht Soergel/*Beuthien*, BGB, § 664 Rdnr. 14.

menhang mit der Entgeltlichkeit, wie die vergleichbare Vorschrift des § 613 S. 1 BGB im Rahmen des (entgeltlichen) Dienstvertrages dokumentiert.[172] Diese Argumentationslinie wird auch von der Rechtsprechung des *BGH* verfolgt.[173] Entscheidend ist also für die (entsprechende) Anwendung des § 664 BGB allein die Frage, ob ein persönliches Vertrauensverhältnis vorliegt.[174] Dies ist beim Behandlungsvertrag zweifelsfrei der Fall. Deswegen sollte die Vorschrift des § 664 BGB zumindest als terminologisches Vorbild für die Aufgabenübertragung im Rahmen eines Behandlungsvertrages herangezogen werden.[175] Dort erfolgen in ähnlicher Weise die Übertragungen von Tätigkeiten im Rahmen eines persönlichen Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient. Genauso ist § 664 BGB eine systematische Ausnahme zum Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung. Somit kann im Ergebnis auch bei entgeltlichen Verträgen überhaupt und konkret beim Behandlungsvertrag auf die Systematik bzw. Terminologie des § 664 BGB Rückgriff genommen werden.

(3) Ausländische Normen

Nachdem diese Binnenzweifel an § 664 BGB als privatrechtsdogmatischen Ausgangspunkt für eine Begriffsbildung aus dem Weg geräumt wurden, lassen sich darüber hinaus insbesondere aus dem Ausland bemerkenswerte Erkenntnisse und damit Argumente für eine terminologische Begriffsübernahme aus § 664 BGB gewinnen. In Österreich muss der Arzt gemäß § 49 Abs. 2 Ärztegesetz (ÄrzteG) 1998 seinen Beruf persönlich und unmittelbar ausüben. Überträgt der Arzt die von ihm geschuldete Tätigkeit einem anderen Arzt, so kommt § 1010 ABGB[176] zur (entsprechenden) Anwendung:[177] In diesen Fällen haftet der übertragende

[172] Vgl. auch MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 20.

[173] BGH, NJW 1952, 257; diese Rechtsprechung wurde in einer aktuellen Entscheidung zu § 664 Abs. 2 BGB bestätigt, vgl. BGH, NJW 2010, 2346 (2347).

[174] Palandt/*Sprau*, BGB, § 664 Rdnr. 1, m.w.N.

[175] Das OLG München, NJW 2006, 1883, sah bei dem Handeln eines professionellen Nothelfers einen Auftrag i.S.v. § 662 BGB als rechtliche Grundlage vorliegen. Richtigerweise müssen in diesen „*Samariterfällen*" die §§ 677 ff. BGB Anwendung finden, so auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, §§ 677 ff. Rdnr. 3; *H. Roth*, NJW 2006, 2814 (2814 f.); *Brennecke*, Ärztliche GoA, S. 113 ff. Bei der vielfach diskutierten Streitfrage nach der Anwendung der Haftungsprivilegierung des § 680 BGB sollte ein differenzierter Lösungsweg eingeschlagen werden: Befindet sich der professionelle Nothelfer im Dienst, erscheint die Haftungsprivilegierung bei der teleologischen Normauslegung nicht als angezeigt; bei einem zufälligen Vorbeikommen des Nothelfers, ist aufgrund des starken Überraschungsmoments eine Haftungsprivilegierung ebenfalls angezeigt, so auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, §§ 677 ff. Rdnr. 8, m.w.N. zu den differierenden Ansichten.

[176] § 1010 ABGB: „*Trägt der Gewalthaber das Geschäft ohne Not einem Dritten auf; so haftet er ganz allein für den Erfolg. Wird ihm aber die Bestellung eines Stellvertreters in der Vollmacht ausdrücklich gestattet, oder durch die Umstände unvermeidlich; so verantwortet er nur ein bei der Auswahl der Person begangenes Verschulden.*"

[177] OGH, JBL 1954, 437; *Stellamor/Steiner*, Handbuch des österreichischen Arztrechts, S. 152.

Arzt gemäß § 1010 S. 2 Hs. 2 ABGB – vergleichbar mit § 664 Abs. 1 S. 2 BGB – allein für die culpa in eligendo. Demgegenüber haftet der übertragende Arzt – wie auch nach § 664 Abs. 1 S. 3 BGB – für seine weisungsabhängigen Gehilfen gemäß § 1313a ABGB.[178] Die Aufgabenübertragung auf horizontaler, weisungsunabhängiger Ebene wird dabei – und dies ist in diesem Zusammenhang von wesentlichem Interesse – ebenfalls als Substitution bezeichnet.[179] Aus diesem Rechtsvergleich wird deutlich, dass die Substitution ein im österreichischen Arztrecht bekannter Begriff für die Aufgabenübertragung auf horizontaler Ebene ist.

Nicht minder aufschlussreich sind darüber hinaus die Parallelen zwischen der privatrechtlichen Systematik des § 664 BGB und dem schweizerischen Arztrecht, da dort der Behandlungsvertrag regelmäßig als Auftragsverhältnis gemäß Art. 394 OR qualifiziert wird.[180] So hat gemäß Art. 398 Abs. 3 OR[181] der Beauftragte (und damit auch der einzelne Arzt) das Geschäft grundsätzlich persönlich zu erbringen. Die Rechtsfolgen der befugten bzw. unbefugten Aufgabenübertragung regelt – wiederum in enger Verwandtschaft zu § 664 BGB – Art. 399 OR[182]. Substitute sind dabei diejenigen Drittpersonen, denen der Arzt die Erfüllung seiner Verpflichtungen überträgt, wobei die Drittpersonen nicht der Aufsicht des Arztes unterliegen.[183] Von der (horizontalen) Substitution wird begrifflich die (vertikale) Aufgabenübertragung auf Hilfspersonen unterschieden.[184] Für diese haftet der Arzt gemäß Art. 101 OR. Es wird also deutlich: Das österreichische und schweizerische Arztrecht differenzieren begriffsimmanent zwischen der Aufgabenübertragung auf horizontaler und vertikaler Ebene. Dabei wird die Aufgabenübertragung auf horizontaler Ebene als Substitution bezeichnet. Im Lichte dieser rechtsvergleichenden, aber auch privatrechtssystematischen Gemeinsamkeit zwischen Arzt- und Auftragsrecht bezüglich des teleologischen Hintergrundes überzeugt diese begriffliche Qualifikation.

Aus diesen ausländischen Normen lassen sich ferner entscheidende Rückschlüsse für die noch ausstehende Terminologie bei der vertikalen Arbeitsteilung ziehen. Dafür bietet sich grundsätzlich der Begriff der Delegation an. Aus § 664 BGB ließen sich diesbezüglich keine Erkenntnisse gewinnen, da der Begriff der

---

[178] *Apathy*, in: ABGB-Praxiskommentar, § 1010 Rdnr. 1, m.w.N.

[179] Vgl. nur *Apathy*, in: ABGB-Praxiskommentar, § 1010 Rdnr. 2., m.w.N.

[180] BGE 110 II, 375; 116 II, 519 (520); *Hausheer*, in: Deutsch/Schreiber, Medical Responsibility, S. 729 (746 f.); *Honsell/Kuhn*, Handbuch des Arztrechts, S. 22 f.; ders. MedR 1999, 248; ferner *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 100, m.w.N.

[181] Art. 398 Abs. 3 OR: „*Er hat das Geschäft persönlich zu besorgen, ausgenommen, wenn er zur Übertragung an einen Dritten ermächtigt oder durch die Umstände genötigt ist, oder wenn eine Vertretung übungsgemäss als zulässig betrachtet wird.*"

[182] Art. 399 Abs. 1 OR: „*Hat der Beauftragte die Besorgung des Geschäftes unbefugterweise einem Dritten übertragen, so haftet er für dessen Handlungen, wie wenn es seine eigenen wären.*" Art. 399 Abs. 2 OR: „*War er zur Übertragung befugt, so haftet er nur für gehörige Sorgfalt bei der Wahl und Instruktion des Dritten.*"

[183] Honsell/*Kuhn*, Handbuch des Arztrechts, S. 114.

[184] Honsell/*Kuhn*, Handbuch des Arztrechts, S. 112.

Delegation in diesem Kontext keine Verwendung findet. Die schweizerische, arztrechtliche Literatur grenzt allerdings tatsächlich die Substitution ärztlicher Leistungen von der Delegation ab. Unter der Delegation wird der prinzipiell erlaubte Beizug einer Hilfsperson verstanden.[185] Danach müssen also Delegation und Substitution aufgrund der divergierenden Rechtsfolgen begrifflich getrennt werden. Auch in Österreich wird das Hinzuziehen einer (unselbstständigen) Hilfsperson – spiegelbildlich zur Substitution – als Delegation beschrieben. So regeln die §§ 49 Abs. 2 ff., 50a ÄrzteG 1998 – in Abgrenzung zu der Substitution nach § 1010 ABGB – die Möglichkeit der Aufgabenübertragung auf ärztliche Hilfspersonen. Die Gesetzesbegründung spricht diesbezüglich auch – unter Hinweis auf die zuvor stattfindende Anleitung und Unterweisung – von der Delegation ärztlicher Leistungen.[186] Somit kann festgehalten werden: Im österreichischen und schweizerischen Arztrecht stehen sich die Substitution und die Delegation ärztlicher Leistungen als Begriffspaar – basierend auf den Äquivalenznormen zu § 664 BGB – gegenüber. Mit der Weisungsabhängigkeit als entscheidendem Differenzierungskriterium liegt beiden Begriffen eine Systemimmanenz zugrunde.

bb. Nationale, arztrechtliche Normen und Gesetzesbegründungen

Neben § 664 BGB und den entsprechenden ausländischen Normen lassen sich für die Begriffsbildung ferner auf bestehende nationale, arztrechtliche Regelungen bzw. die dazu bestehenden Gesetzesbegründungen zurückgreifen. Während der Gesetzgeber – wie bereits angesprochen – grundsätzlich von der Übertragung von Aufgaben spricht, ist dies beispielsweise im Rahmen von §§ 1 Abs. 5, 6 ZHG anders: In dieser Vorschrift wird – in Ausnahme vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringungspflicht des Zahnarztes – gestattet, bestimmte Tätigkeiten an Hilfskräfte zu *delegieren*. Nach der Gesetzesbegründung bestehe keine Notwendigkeit, „*alle Leistungen an Patienten nur von approbierten Zahnärzten durchführen zu lassen*“; hierfür bestehe auch rechtlich solange keine Notwendigkeit, wie „*die Tätigkeit nicht approbierten Personals vom Zahnarzt kontrolliert*“ werde.[187] Vergleichbar argumentiert der Gesetzgeber bei der Änderung des § 95 SGB V, wonach auch Psychotherapeuten zu der vertragsärztlichen Versorgung zugelassen werden. Die Gesetzesbegründung spricht bei der Mitwirkung der Psychotherapeuten unter der Verantwortung des Arztes von einem „*Delegationsverfahren*“, in Abgrenzung zu einer gleichberechtigten Krankenbehandlung.[188] Das Delegationsverfahren beschreibt danach die Aufgabenübertragung auf einen Gehilfen, der im Rahmen der Gesamtverant-

---

[185] *Honsell/Wiegand*, Handbuch des Arztrechts, S. 150 f. Fn. 113; *Payllier*, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, S. 101.

[186] Vgl. Materialien zur 5. Ärztegesetz-Novelle.

[187] BT-Drs. 12/3608, S. 154.

[188] BT-Drs. 13/8035, S. 15.

wortung, dem Weisungs- und Kontrollbereich des Arztes, tätig wird.[189] Die anderen, wenigen gesetzlichen Vorschriften, die ausschließlich den Begriff des Delegierens gebrauchen, meinen damit ebenfalls das weisungsgebundene Handeln des Empfängers.[190] Somit verwendet auch der deutsche Gesetzgeber im Arztrecht den Begriff der Delegation unter dem Aspekt der Weisungsgebundenheit.

cc. Aktienrecht

Zuletzt – und damit schließt sich der Kreis zu § 664 BGB – beschreitet auch die Privatrechtsdogmatik im Aktienrecht diese begriffliche Differenzierung. Nach der einzelnen Weisungsabhängigkeit wird systemkonform im Rahmen der §§ 308 f. AktG, die Delegation von der Übertragung differenziert.[191] Unter Delegation versteht man den Fall, dass die Weisungsbefugnis im Rahmen von Beherrschungsverträgen beim herrschenden Unternehmen verbleibt und andere lediglich zur Ausübung der Befugnis herangezogen werden.[192] Bei der Übertragung soll dagegen auch die Weisungsbefugnis an sich übergehen.[193] Die Delegation meint demzufolge auch hier die Sachlage, dass der Geschäftsherr weiterhin im Rahmen seines Weisungsrechts auf den Weisungsempfänger einwirken kann. Dieser Einfluss geht hingegen bei der Übertragung (Substitution) verloren. Wie im Rahmen von § 664 BGB wird demzufolge im Aktienrecht zwischen Übertragung und Delegation nach dem einzelnen Weisungsgehalt differenziert. Die Aufgabenübertragung findet – und darin liegt die systematische Übereinstimmung mit dem Auftragsrecht – ferner auch hier im Rahmen eines Vertrauensumfeldes statt: Denn grundsätzlich übt der Vorstand als gesetzlicher Vertreter gemäß § 78 Abs. 1 AktG das Weisungsrecht des herrschenden Unternehmens gegenüber dem beherrschten Unternehmen aus. Dabei hat er bei der Erteilung der Weisungen die Sorgfalt eines ordentlichen und gewissenhaften Geschäftsleiters anzuwenden, § 309 Abs. 1 AktG. Diese Pflicht folgt nicht zuletzt aus der organschaftlichen Treuebindung des Vorstandes gegenüber der Aktiengesellschaft.[194] Der Vorstand steht somit in einer besonderen Vertrauensbeziehung zu der Aktiengesellschaft; insbesondere

---

[189] LSG Baden-Württemberg, MedR 1999, 331 (333); *Eichelberger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. zu § 1 PsychThG Rdnr. 6.

[190] Vgl. etwa § 18 Abs. 3 PsychothBO-NRW.

[191] *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 308 Rdnrn. 4ff.; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 AktG Rdnr. 10.

[192] *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 308 Rdnr. 4; in diesem Sinne auch *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 AktG Rdnr. 12.

[193] *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 308 Rdnr. 4; *Emmerich*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 Rdnr. 12.

[194] BGHZ 13, 188 = NJW 1954, 998 (998 f.); BGHZ 20, 239 = NJW 1956, 906; BGHZ 49, 30 = NJW 1968, 396; OLG Stuttgart, NZG 2002, 971 (975); OLG Frankfurt, Urt. v. 18.11.2010 - 5 U 110/08, Juris, Rdnr. 39; *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 9; MünchKomm/*Spindler*, AktG, § 76 Rdnr. 14; *Fleischer*, WM 2003, 1045 (1046)

aufgrund des Umgangs mit fremden Vermögenswerten und Geschäftschancen.[195] Da ein unabhängiger Dritter dieser besonderen Treuebindung grundsätzlich nicht unterliegt, gilt folgendes: Ähnlich wie in § 664 BGB geregelt, muss die Übertragung des Weisungsrechts an einen Dritten zeitlich und sachlich so beschränkt bleiben, dass die Ausübung des Weisungsrechts grundsätzlich bei dem weisungsbefugten Vorstand liegt.[196] Es kann daher festgehalten werden: Im Aktienrecht wird ebenfalls bei der Aufgabenübertragung im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnis zwischen der weisungsabhängigen Delegation und der weisungsunabhängigen Übertragung (Substitution) unterschieden.

c. Zusammenfassung und Begriffsdefinition

Vor der endgültigen Begriffsdefinition soll nochmals die terminologische Herleitung skizziert werden: Mit § 664 BGB kennt das privatrechtliche System eine Vorschrift, die teleologisch auf einem besonderen Vertrauensverhältnis aufbaut und deswegen exakt zwischen der Aufgabenübertragung auf einen unselbstständigen Gehilfen und der Übertragung auf einen selbstständigen Dritten differenziert. Die Aufgabenübertragung auf den selbstständigen, weisungsfreien Dritten wird dabei als Substitution bezeichnet. Das österreichische und schweizerische Arztrecht bezeichnet ebenfalls die Aufgabenübertragung auf einen selbstständigen, weisungsfreien Dritten als Substitution. Während das deutsche Auftragsrecht den Begriff der Delegation nicht kennt, wird im österreichischen und schweizerischen Auftrags- bzw. Arztrecht die Aufgabenübertragung an den unselbstständigen, weisungsabhängigen Gehilfen als Delegation benannt. In den (wenigen) arztrechtlichen Normen bzw. Gesetzesbegründungen zu der Aufgabenübertragung auf Dritte spricht der Gesetzgeber bei der Übertragung einer Tätigkeit auf einen unselbstständigen, weisungsabhängigen Gehilfen von einer Delegation. Zuletzt kennt auch das Privatrecht mit dem Aktienrecht die Delegation als Aufgabenübertragung auf einen unselbstständigen, weisungsabhängigen Dritten innerhalb eines Vertrauensverhältnisses. Substitution und Delegation sind dabei Unterbegriffe der Arbeitsteilung;[197] sie beschreiben insoweit die horizontale bzw. vertikale Ebene einer Aufgabenübertragung. Dieser Überblick führt zu den endgültigen, in diesem Rahmen entwickelten Definitionen:

---

[195] *Hüffer*, in: Hüffer, AktG, § 84 Rdnr. 9; MünchKomm/*Spindler*, AktG, § 93 Rdnrn. 92 ff., m.w.N.

[196] *Emmerich*, In: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht, § 308 AktG Rdnr. 15, m.w.N.

[197] Zu dieser Begriffsdeinition nochmals § 1 B I 3 e.

Substitution ist die vollständige oder teilweise horizontale Übertragung einer grundsätzlich persönlich geschuldeten Tätigkeit auf einen Weisungsunabhängigen mit Ermessen im Rahmen von Vertrauensverhältnissen.[198]

Delegation ist die vollständige oder teilweise vertikale Übertragung einer grundsätzlich persönlich geschuldeten Tätigkeit auf einen Weisungsabhängigen ohne Ermessen im Rahmen von Vertrauensverhältnissen.

---

[198] Vgl. die ähnliche Definition von *Hansen* BB 1989, 2418 (2420 f.), zur Substitution im Rahmen von § 664 BGB.

§ 2 System und Rechtsprinzipien

Nach der Legitimation der arbeitsteiligen Grenzentwicklung und der terminologischen Grundlagenbildung kann und soll im zweiten Kapitel das privatrechtstheoretische Fundament für eine systematische Grenzbildung gelegt werden. Dabei muss bezüglich der Entwicklung eines arztrechtlichen Systems eine Antinomie aufgelöst werden, die zu den grundlegenden Fragestellungen der Rechtsphilosophie und Rechtstheorie gehört: das Verhältnis von Recht und Ethik, von Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit. Das Medizin- und Arztrecht ist wie wohl kaum ein zweites Rechtsgebiet von ethischen Grundsätzen geleitet; Ethik und Moral sind zu einem Wesenszug erwachsen. Gleichwohl sehnt sich dieses (vergleichsweise junge) Rechtsgebiet nach einer (privatrechts-) dogmatischen, systematischen Struktur, die Rechtssicherheit gewährleistet. Als dienliches Hilfsmittel soll in dem beschriebenen Spannungsfeld auf die sogenannten Rechtsprinzipien zurückgegriffen werden, die auf der einen Seite ethische Wurzeln beherbergen, aber gleichzeitig im beweglichen, privatrechtlichen System integriert sind. Diese Prinzipien mit ihren rechtsphilosophischen Wurzeln in die Privatrechtstheorie einzuordnen (vgl. A. I.), ihre Vermittlung zwischen Ethik und Recht zu beschreiben (vgl. A. II.) und die damit gleichzeitig verbundene Systematisierungsfunktion (vgl. B.) näher darzulegen, ist das Ziel der nachfolgenden Zeilen.

A. Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit

I. Ethik und Recht in Rechtsphilosophie und Privatrechtstheorie

1. Rechtsphilosophische Entwicklungen im Überblick

Will man sich mit dem Zusammenspiel von Ethik und Recht näher auseinandersetzen, darf man den diesbezüglich geführten historisch-rechtsphilosophischen Diskurs nicht unberücksichtigt lassen.[199] Beginnend mit *Sokrates* lässt sich die Frage nach dem Gerechten nicht vom Recht im eigentlichen Sinne trennen.[200] Daran anknüpfend erachtet auch dessen Schüler *Platon* die Gerechtigkeit (*Dikaiosyne*) als ein grundlegendes Prinzip für das Zusammenleben der Menschen bzw. für die Ordnung der Polis.[201] Diese Idee vom Zusammenspiel von Recht und Ethik wurde auch von (Plato-Schüler) *Aristoteles* fortgeführt. Der Verdienst dieses Lehrers Alexander des Großen liegt nun primär darin, dass er konkret die richterliche Handhabung der Billigkeit (*Epieikeia*) für den Einzelfall beschreibt und auf diese Weise – darin liegt der durchaus moderne Charakter –[202] dem strengen Gesetzespositivismus eine Absage erteilt. Die Schwäche eines reinen Positivismus liege darin, dass „*jedes Gesetz eine allgemeine Bestimmung ist, manche Fälle aber nicht nach einer solchen allgemeinen Bestimmung richtig behnadelt werden können*."[203] Erst die Billigkeit kann danach das positive Recht für den Einzelfall kompatibel machen. Ein derartiges Zusammenwirken von Ethik und Recht wurde auch von den Vertretern der *Stoa* sowie ferner *Cicero* übernommen und zugleich weiterentwickelt.[204] Der

---

[199] Einen prägnanten Überblick liefert auch *Larenz*, Richtiges Recht, S. 14 ff.

[200] *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 65.

[201] *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 79.

[202] So der berechtigte Hinweis von *Kling*, Sprachrisiken, S. 168. Die aristotelische Ethik hat ferner ihren aktuellen Bezug in der Differenzierung zwischen der Austauschgerechtigkeit (iustitia commutativa) und der Verteilungsgerechtigkeit (iustitia distributiva): Die Austauschgerechtigkeit betrifft dabei die Verteilung von öffentlichen Gütern, vgl. *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 360; ferner hierzu *Coing*, Rechtsphilosophie, S. 193 ff. Die Rechtsbeziehungen zwischen Gleichgeordneten, also insbesondere das Vertragsrecht, steht hingegen unter dem Postulat der Verteilungsgerechtigkeit, vgl. erneut *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 362 f.; instruktiv hierzu *Canaris*, iustitia distributiva, S. 9 ff. et passim; ferner *Honsell*, in: FS Mayer-Maly, S. 287 ff.; Staudinger/*Richardi*, Eckpfeiler, Kap. P Rdnr. 44; *Otto*, JZ 2005, 473 (474 f.); *Harke*, ARSP 91 (2005), 459 ff. (zu Kants Beispielen für die iustitia distributiva im Privatrecht); *M. Köhler*, ARSP 79, 457 ff. Zu der Bedeutung der iustitia distributiva im Haftungsrecht lehrreich ferner der Überblick bei MünchKomm/*Wagner*, BGB, Vorb. zu §§ 823 ff. Rdnr. 17; aktuell zur Austausch- und Verteilungsgerechtigkeit auf europarechtlicher Ebene auch der Schlussantrag der Generalanwältin *Trstenjak* v. 07.12.2010 - C-484/09, Juris, Rdnr. 66.

[203] *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, fünftes Buch, S. 118; hierzu ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 167 f.

[204] *Behrends*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Die ethischen Grundlagen, S. 1 (14); *Kling*, Sprachrisiken, S. 168 f.; *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 164 f. Zu der wichtigen philosophischen

ethisch-rechtliche Verbund entwickelte sich über das Mittelalter hinaus, dort freilich mit einem starken christlichen Duktus,[205] zu einem rechtsphilosophischen Konsens. Dies änderte sich im Zuge der Aufklärung und Säkularisierung mit dem Königsberger *Immanuel Kant*. Dessen radikale Vernunftslehre besagte, dass nicht in der Ethik, sondern vielmehr im Jus die Gesetzgebung liege.[206] Der Mensch – dieser Gedanke lag dieser Vernunftslehre zugrunde – könne allein durch seinen Verstand eine angemessene gesetzliche Grundlage für ein Zusammenleben schaffen. Außerrechtliche, allein auf eine wie auch immer geartete Billigkeit gestützte Erwägungsgründe, sind danach außerhalb jeder Vernunft. Zusammenfassend – dieses Fazit soll für diesen Rahmen genügen – sind die rechtsphilosophischen Strömungen im Ausgangspunkt von einer Verknüpfung von Recht und Ethik gekennzeichnet; erst durch die Vernunftslehre im Zeitalter der Aufklärung erfolgt eine Trennung.

2. Privatrechtstheoretische Entwicklungen im Überblick

a. Begriffsjurisprudenz

Mit Anfang des 19. Jahrhunderts begann – anschließend an diesen rechtsphilosophischen Diskurs – die privatrechtstheoretische Auseinandersetzung um den Einfluss von ethischen Grundsätzen auf die gesetzlichen Regeln, oder allgemeiner um das Verhältnis von Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit. Die Begriffsjurisprudenz knüpfte, dem Zeitgeist entsprechend, insoweit an die Trennungsthese von *Kant* an, als dass die Rechtsordnung als ein geschlossenes System von Rechtsbe-

---

Vermittlungsfunktion Ciceros zwischen Antike und Mittelalter vgl. *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft, S. 165.

[205] Zu der Rechtsphilosophie des *Augustinus* und *Thomas von Aquin* näher *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 192 ff.; insbesondere der rechtsphilosophische Verdienst des Aquinaten wird von *dems.*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 271 f., mit Grund gewürdigt, da *dieser* durch die Verbindung der Vernunfts- und Seinslehre des *Aristoteles* mit der Schöpfung Gottes, die *ratio* dem vorsekulärem Zeitgeist angepasst hat. Auf diese Weise konnten Ethik und Recht in einen rationalen Zusammenhang gebracht werden, wie es ohne eine christliche Bezugnahme nicht möglich gewesen wäre. Eine Vernunftsargumentation wurde somit von *Thomas* legitimiert, freilich ohne aus der christlichen *ordo* herauszutreten. Mit dem Zusammenspiel zwischen einer vernunftgeprägten Rechtsordnung und dem Wille Gottes setzten sich später auch und vor allem die spanischen Spätscholastiker auseinander, vgl. dazu erneut zusammenfassend *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 395 ff. Die Spätscholastik hat dabei die bis heute gültige Differenzierung zwischen Rechten und Rechtsgütern im Haftungsrecht entscheidend geprägt (*ius* und *dominium*), vgl. *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 318 f., m.w.N.

[206] *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, S. XXXIX f.; hierzu näher *Behrends*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Die ethischen Grundlagen, S. 1 (10 ff.); *Kling*, Sprachrisiken, S. 169 ff., m.w.N.

griffen aufgefasst wurde.[207] Dabei bediente sie sich bestimmter Begriffspyramiden, um auf diese Weise durch bloße Subsumtion jeden Rechtsfall lösbar zu machen.[208] Diese methodologische Strömung fußt dabei auf den Ansätzen *Savignys* bzw. *Eichhorns* aus der historischen Rechtsschule; sie unterschied bei der Bearbeitung des auffindbaren Rechtsstoffs nach organischen und logischen Elementen, die sie gleichberechtigt beachten wollte.[209] Entsprechend diesem logischen Ansatz beschränkte sich die Arbeit des Richters auf bloße Subsumtion.[210] Die Begriffsjurisprudenz ist von Grund auf starr und vom Einzelfall losgelöst. Sie erwies sich deswegen nicht als alltagstauglich. Vermehrt wurden die juristischen Begriffe mit Blick auf das angestrebte Endergebnis definiert.[211] Somit wurde auf dem Altar der logischen Notwendigkeit die Gelegenheit für ein befriedigendes Ergebnis geopfert.[212] Ungeachtet dieser Schwächen, hat die Begriffsjurisprudenz lange Zeit eine gewichtige Rolle in der deutschen Rechtsgeschichte gespielt und war als juristische Methode noch bei Inkrafttreten des BGB herrschend.[213]

---

[207] Näher Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnrn. 177 ff.; *Heck*, Begriffsbildung, S. 3; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 110; *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters, S. 29; *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 1 f., m.w.N.

[208] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 61; *Larenz*, Methodenlehre, S. 20, unter Verweis auf den Savigny-Schüler *Puchta*, der von *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 400, als Begründer der klassischen Begriffsjurisprudenz bezeichnet wird. Instruktiv aus neuerer Zeit zur Begriffsjurisprudenz *Krawietz*, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, passim; *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz“, passim; *Ogorek*, Richterkönig, passim.

[209] Vgl. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts, S. 292; hierzu näher *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 109 f.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 11 ff.; *Wilhelm*, Methodenlehre im 19. Jahrhundert, S. 17 ff.; Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 177; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 381 ff. Die historische Rechtsschule entstand dabei als Gegenbewegung zum Kodifikationsgedanken und zum Naturrecht, vgl. *Olechowski*, Rechtsgeschichte, S. 147. Ein Fazit zu der Bedeutung der historischen Rechtsschule hat vor kurzem *Rückert*, JZ 2010, 1 ff., gezogen.

[210] Schon für *Montesquieu*, vgl. den *Prolog*, waren Richter nichts weiter als „*der Mund, der die Worte des Gesetzgebers verkündet, unbelebte Wesen*“; hierzu auch eingehend *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz, S. 310 ff.; *Eberl*, Verfassung und Richterspruch, S. 8 ff.; *Vest*, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?, S. 17. In einem beliebten Bonmot war Ende des 19. Jahrhunderts auch vom Richter als „*Subsumtionsautomat*“ die Rede, vgl. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?, S. 40.

[211] Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 181.

[212] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 111, unter Verweis auf ein Beispiel aus der Rechtsprechung des OGH.

[213] Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 177; zu der Methodendiskussion bei Einführung des BGB ausführlich *Schoppmeyer*, Juristische Methode, S. 66 ff. *Bydlinski,* Methodenlehre, S. 111 ff., verteidigt die Begriffsjurisprudenz zu Recht aufgrund ihrer Verdienste bei der Bildung abstrakter Begriffe. So wurde etwa der „*Vertrag*“ als Abstraktion aus den verschiedenen Vertragstypen gewonnen. Ferner verweist er darauf, dass sich für die Lösung der meisten alltäglichen juristischen Fragestellungen, die bestehenden Begrifflichkeiten mit den entsprechenden Rechtsfolgen als sachdienlich erweisen.

b. Interessenjurisprudenz

Mit *Philipp Heck*[214] – freilich im Anschluss an den „*späten Jhering*" –[215] als Pionier der sogenannten Interessenjurisprudenz wird das Recht mit dem Leben, dem konkreten Einzelfall verbunden: Während – laut *Heck* – die Begriffsjurisprudenz „*den Richter auf die logische Subsumtion der Sachlage unter die Rechtsbegriffe*" beschränkt habe, werde mit der Interessenjurisprudenz „*ein Primat der Lebensforschung und der Lebenswertung*" angestrebt.[216] Die Interessenjurisprudenz versteht sich damit als praktische Wissenschaft.[217] Der Richter tritt dem Gesetzgeber als „*denkender Gehilfe*" zur Seite und dringt bei der Urteilsfindung „*in die Absichten des Gesetzgebers*" ein; er verwirklicht „*die Werturteile des Gesetzes auch für die nichtgeregelten Sachlagen auf Grund eigener Interessenprüfung*".[218] Die Interessenjurisprudenz zielt damit auf einen Interessenausgleich, der durch eine genaue Erfassung des Gesetzeszwecks, der *ratio legis*, ersucht wird.[219] Der Richter ist bei seiner Entscheidungsfindung nicht etwa frei,[220] sondern an den einer Norm zugrundeliegenden, widerstreitenden Interessen bei der Ausgleichsfindung gebunden. Eine solche Interessenantinomie lässt sich anhand der §§ 932 ff. BGB besonders anschaulich machen: Diese Vorschriften zum gutgläubigen Eigentumserwerb regeln den Konflikt zwischen dem Interesse des Eigentümers, sein Eigentum zu erhalten und dem Interesse des Erwerbers, der auf das Eigentum des nichtberechtigten Veräußerers vertraut hat.[221] In diesem Spannungsfeld tritt neben dem Inhalt zugleich die Schwäche der Interessenjurisprudenz zu Tage. Der Hauptkritikpunkt richtet sich gegen die unklare Verwendung des Begriffs „*Interesse*". Zum einen werden sowohl die Begehren der sachverhaltsbeteiligten Rechtssubjekte, im Rahmen der §§ 932 ff. BGB etwa das „*Interesse*" des ursprünglichen Eigentümers und des gutgläubigen Erwerbers, zum anderen aber auch die objektiven Gemeinschaftsbedürfnisse, beispielsweise das der Verkehrssicherheit, terminologisch vom „*Interesse*" erfasst.[222] Problematisch ist

---

[214] Zur Person *Philipp Hecks* zuletzt umfassend *Schoppmeyer*, Juristische Methode, S. 3 ff., m.w.N.

[215] Hierzu instruktiv *Larenz*, Methodenlehre, S. 47; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 114. *Heck* ist erst inspiriert durch *Jhering* zur Jurisprudenz gewechselt, vgl. *Hüpers*, Karl Larenz - Methodenlehre und Philosophie des Rechts, S. 353.

[216] *Heck*, Begriffsbildung, S. 3 f.; instruktiv zu der (älteren) Interessenjurisprudenz *Larenz*, Methodenlehre, S. 49 ff.

[217] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 114; zu den Erfolgen der Interessenjurisprudenz in der Praxis ferner *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 380 ff., m.w.N. auch und vor allem aus der Rechtsvergleichung.

[218] *Heck*, Begriffsbildung, S. 4.

[219] Staudinger/*Coing*/*Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 182.

[220] In diesem Punkt unterscheidet sich die Interessenjurisprudenz im Wesentlichen von der sogenannten Freirechtslehre, vgl. *Stein*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit, S. 17; zu dieser Freirechtsschule eingehend *Fikentscher,* Methoden des Rechts (III), S. 365, m.w.N.

[221] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 115.

[222] Zu dieser Kritik etwa *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 124; ausführlich einmal mehr *Larenz*, Methodenlehre, S. 119 f.

hierbei in erster Linie, dass eine vom Richter vorzunehmende Interessenprüfung solche Maßstäbe außer Acht lassen muss, die außerhalb eines Interessenkampfes stehen oder von dort gewonnen worden sind.[223] Es reift die Erkenntnis: Zwischen den Interessen, deren Konflikte durch das Recht geordnet werden, und den Bewertungsmaßstäben, denen diese Ordnung folgt, bedarf es einer methodischen Differenzierung.[224] Diese Bewertungsmaßstäbe, etwa die Eigentumssicherung, der Minderjährigenschutz oder auch der erwähnte Verkehrsschutz, sind nicht etwa Interessen, sondern Wertungen, die der Gesetzgeber getroffen hat und daher verbindlich sind.[225] Bewertungsmaßstäbe sind demnach – konträr zu den Interessen – „*Folgerungen aus der Gerechtigkeitsidee*".[226] Die Hauptkritik an der Interessenjurisprudenz lautet zusammenfassend: Maßstab und Gemessenes können nicht vermischt und einem Begriff unterstellt werden.[227] Ungeachtet dieses (berechtigten) Einwandes liefert die Interessenjurisprudenz bis zum heutigen Tag wichtige methodologische Erkenntnisse.[228] Ihr historischer Verdienst liegt darin, dass durch das erwähnte Postulat vom „*denkenden Gehorsam*" des Richters die „*peinigende Notwendigkeit*"[229] des positiven Rechts eingeschränkt wurde:[230] Die gesetzgeberische Interessenbewertung ist durchaus auf der einen Seite bindend; gleichwohl hat der Richter die Freiheit, ein mangelhaftes und lückenhaftes Gesetz zu korrigieren.[231] Die Interessenjurisprudenz konnte jedoch – und dadurch verfing sie sich zugleich in ihrer

---

[223] Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 189; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 378, analysiert daher treffend: „*Die Frage aber nach den Interessen, die man schützen will, ist eine andere als die nach den Interessen, die eine Vorschrift schützt.*"

[224] *Westermann*, Wesen und Grenzen, S. 14 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 406; *Larenz*, Methodenlehre, S. 119; Staudinger/*Coing/Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 189.

[225] *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 406, unter Verweis auf *Westermann*, Wesen und Grenzen, passim.

[226] *Westermann*, Wesen und Grenzen, S. 17; hierzu wiederum *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 406.

[227] So nahezu wörtlich *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 124.

[228] Die Interessenjurisprudenz hat dabei nicht nur das Privatrecht, sondern daneben auch das Strafrecht mit der Entwicklung der Lehre von den Strafzwecken und vor allem auch das (weitere) öffentliche Recht geprägt, vgl. hierzu den Überblick bei *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 378 f., m.w.N. Auch im IPR hat die Interessenjurisprudenz unter dem Stichwort der „*Lehre von den internationalprivatrechtlichen Interessen*" Einzug erhalten, vgl. allgemein *Spickhoff*, Ordre public, S. 140 ff.; *Flessner*, Interessenjurisprudenz, passim; zuletzt auch *Seibl*, Beweislast bei Kollisionsnormen, S. 194, *Benecke*, Gesetzesumgehung, S. 283, m.w.N.

[229] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 117.

[230] Bis zum heutigen Tag reichen die Verdienste der Interessenjurisprudenz auch in den Bereich der Rechtsfortbildung, konkret in die Analogie. Im Anschluss an *Heck* bedarf es für die Analogie neben der planwidrigen Regelungslücke einer vergleichbaren Interessenlage, vgl. stellvertretend zuletzt BGH, WRP 2011, 1057 (1058); Staudinger/*Looschelders/Olzen*, BGB, § 242 Rdnr. 348, m.w.N. Zu der Analogie im Rahmen der Interessenjurisprudenz *Heck*, Gesetzesauslegung, S. 194; dazu wiederum *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 120 f.

[231] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 117.

methodischen Enge – eine wertende Betrachtung allein anhand der bestehenden Gesetzeslage vornehmen.[232]

c. Wertungsjurisprudenz

Die heute herrschende[233] methodologische Hauptströmung der Wertungsjurisprudenz hat jene Erkenntnisse zum Verhältnis von Recht und Ethik aufgegriffen und gleichzeitig fortentwickelt respektive verfeinert. Sie kann demnach nicht losgelöst von der Interessenjurisprudenz betrachtet werden.[234] Die Methode der Interessenjurisprudenz wurde vielmehr „*um den rechtsphilosophischen Fragenkreis der Wertung im Recht erweitert*".[235] Der maßgebliche methodische Unterschied zwischen Interessen- und Wertungsjurisprudenz liegt damit in der im Rahmen der Wertungsjurisprudenz breiter angelegten Berücksichtigung wertender und damit ethischer Grundsätze. Während die Interessenbewertung – wie dargelegt – diesbezüglich auf die ratio legis beschränkt ist, setzt sich die Wertungsjurisprudenz mit der Frage auseinander, woher die Bewertungsmaßstäbe kommen, wenn solche Maßstäbe dem Gesetz nicht oder nicht mit hinreichender Klarheit zu entnehmen sind.[236] *Zippelius* ist beizupflichten, wenn er anmerkt, dass die Schwierigkeit nicht darin besteht, „*übereinstimmende Werterfahrungen als Fundament einer Gerechtigkeitserkenntnis anzuerkennen, sondern eine breite Basis übereinstimmender Werterfahrungen tatsächlich zu gewinnen*".[237] Die Wertungsjurisprudenz richtet den Fokus damit endgültig weg vom „*Ob*" hin zum „*Wie*" der Berücksichtigung ethischer Grundsätze im Rahmen der Gesetzesanwendung. *Larenz* stellt mit Grund die Frage: „*Ist der Richter hier auf sein persönliches Wertempfinden, sein in der richterlichen Erfahrung erworbenes Urteilsvermögen*

[232] Diese methodische Schwäche hat später *Heck*, Begriffsbildung, S. 158, eingestanden: „*Die Wissenschaft kann nur die im Leben vorhandenen und von der Rechtsgemeinschaft anerkannten Werte feststellen und eventuell durch eine subjektiv bedingte Eigenwertung ergänzen. Aber es bleiben Konflikte übrig, bei denen eine objektive Lösung versagt.*"

[233] Laut *Hassold*, in: FS Larenz, S. 211 (235), befinden wir uns im „*Zeitalter der Wertungsjurisprudenz*"; vgl. auch *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz, S. 8; *Larenz, Methodenlehre*, S. 132 ff.; *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte, S. 574 ff.; *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 405 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 123 ff.

[234] Zutreffend ist daher die methodologische Analyse von *Deutsch*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 TFG Rdnr. 1, wonach die Rechtstheorie zur Interessenjurisprudenz übergegangen ist, diese gleichwohl noch zur Wertungsjurisprudenz „*verfeinert*" wurde. *Wieacker* bezeichnet die Wertungsjurisprudenz daher als „*nobilierte Tochter der Interessenjurisprudenz*", vgl. den Verweis von *Schoppmeyer*, Juristische Methode, S. 250. *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 383, spricht bei der Wertungsjurisprudenz (nüchterner) von einer „*jüngeren*" Interessenjurisprudenz, S. 383.

[235] *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 383.

[236] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 127 f.; die Wertungsjurisprudenz lässt damit die einer Rechtsnorm zugrunde liegenden Interessenbewertungen nicht außer Acht. Die Interessenjurisprudenz ist gegenüber der Wertungsjurisprudenz kein *aliud*, sondern eher ein *minus*.

[237] *Zippelius*, Wesen des Rechts, S. 116; dazu *Larenz*, Methodenlehre, S. 126.

(sein „Judiz“), sein „Dafürhalten“ angewiesen, oder gibt es außer- oder übergesetzliche Werte und Wertungsmaßstäbe, an denen er sich dann orientieren kann und soll?“[238] Ausgehend vom Konsens der Berufung auf ethische Grundsätze muss bei der methodischen Anerkennung solcher außerrechtlicher, ethischer Wertungen freilich beachtet werden: Sie beinhaltet die Gefahr der Beliebigkeit, der Billigkeitsjurisprudenz, ja des „*blinden Dezisionismus*“.[239] Die methodologische Herausforderung besteht darin, ethische Grundsätze derart mit Augenmaß Berücksichtigung finden zu lassen, dass sie dem Anspruch einer fallgerechten Lösung gerecht werden, ohne gleichzeitig dem rechtsstaatlich zu entsprechenden Anspruch nach Rechtssicherheit zu widersagen. Im Folgenden soll für dieses Spannungsfeld nach einer adäquaten Lösung Ausschau gehalten werden.

II. Rechtsprinzipien im Ausgleich zwischen Ethik und Recht

1. Ansätze zur Ermittlung von vermittelnden Wertungsmaßstäben

Ein solcher Ausblick nach einer adäquaten Berücksichtigung ethischer Grundsätze zwischen Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit führt unweigerlich zu der (Tugend-) Lehre der aristotelischen Mitte: der Mesotes.[240] Der Rechtssicherheit genügt im Lichte der drohenden Billigkeitsjurisprudenz jedenfalls derjenige methodische Ansatz nicht, der allein die Fallgerechtigkeit in den Mittelpunkt rückt.[241] Die Tür zur Beliebigkeit wird etwa durch den Ansatz von *Isay* zu sehr aufgestoßen, der vor allem auf das Rechtsgefühl rekurriert.[242] Es ist allein schon unklar, was konkret unter dem Rechtsgefühl zu verstehen ist. Diese Schwäche hat

---

[238] *Larenz*, Methodenlehre, S. 120.

[239] *Kling*, Sprachrisiken, S. 173; ferner *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz, S. 404 ff. Zu den verschiedenen Konzeptionen des Dezisionismus *Homann*, Interdependenz von Zielen und Mitteln, S. 52 ff.; überaus kritisch zum „*unkontrollierbaren Dezisionismus, jenen hochmütigen Dispositionen über Rechtsgüter und Lebensinteressen, mit denen man meint, zu den Sternen der Gerechtigkeit greifen zu dürfen*“ jedoch *Eberhard Schmidt* JZ 1968, 681 (684). *Ders.*, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, S. 1 (2), hat dennoch gleichzeitig die Bedeutung der ärztlichen Standesethik für das geltende Arztrecht herausgehoben, vgl. auch BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1930); zu diesem Einfluss eingehend § 4 A I.

[240] Eingehend *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, zweites Buch, S. 35 ff. Die Tugend muss danach das sein, was von beiden Extremen gleich weit entfernt ist; dazu näher *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie, S. 117 ff., *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309; *Kaufmann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 35 f., je m.w.N.

[241] Hierzu auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 122 f.

[242] Wiederum näher *Larenz*, Methodenlehre, S. 123, m.w.N. Das Abstellen auf das Rechtsgefühl wird vor allem von *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 162, unter Berufung auf die historischen Erfahrungen mit einem „*allgemeinen Volksbewusstsein*“ eingehend kritisiert Das Rechtsgefühl ist gleichwohl eine wichtige Entwicklungslinie hin zur Wertungsjurisprudenz, vgl. hierzu - unter Verweis auf *Jhering* - *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 383.

Hubmann in seiner Monographie aufgegriffen und gleichzeitig eine Rationalisierung von Werten zu begründen versucht.[243] Demnach sind Werte allgemeingültig, wenn sie dem Menschen Befriedigung und Erfüllung bringen können.[244] Freilich kann auch dieses Kriterium keine griffige und damit allgemeingültige Abgrenzung zwischen zu berücksichtigenden und nicht zu berücksichtigenden ethischen Grundsätzen liefern, zumal es – wie *Hubmann* einräumt – sich nicht in ein geschlossenes System gießen lässt.[245] *Zippelius* sieht hingegen als Richtmaß für die Wertungen des Richters die in der Gesellschaft *„herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen"* als wesentlich an.[246] Eine entscheidende Rolle in diesem Zusammenhang spielen primär die Grundrechte, aber auch die „*Rechtsgrundsätze der Rechtsprechung und der Verwaltung, die Verkehrssitte und die Institutionen des sozialen Lebens*".[247] Die Schwäche dieser Argumentationslinie hat jedoch *Zippelius* selber aufgezeigt, wenn er die Verbindlichkeit (und damit die Rechtssicherheit) der herrschenden Gerechtigkeitsvorstellungen in Zeiten eines Auffassungswandels in der Gesellschaft in Frage stellt.[248] In diesem Fall müsse der Richter auf das persönliche Gerechtigkeitsempfinden zurückgreifen. Zudem ergeben sich bei dem Abstellen auf herrschende Gerechtigkeitsvorstellungen verfassungsrechtliche Bedenken dergestalt, dass das Grundgesetz, etwa mit der Ewigkeitsklausel in Art. 79 Abs. 3 GG, gerade mannigfaltige Einrichtungen zur Beschränkung schwankender faktischer bzw. tatsächlicher Mehrheitsverhältnisse kennt.[249] Mithin ist mit dem Abstellen auf herrschende Gerechtigkeitsvorstellungen keine dogmatisch überzeugende und abgesicherte, Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit im gleichen Maße berücksichtigende Methode gewonnen. Die zentrale Schwäche der bisherigen Ansätze bei der Vermittlung zwischen Rechtssicherheit und Fallgerechtigkeit kann auf folgenden gemeinsamen Nenner gebracht werden: Es fehlt an einer überzeugenden privatrechtlichen Dogmatisierung ethischer Grundsätze. Dies haben die führenden Rechtsmethodiker erkannt und mit den sogenannten *Rechtsprinzipien* eine privatrechtsdogmatische Figur in den Mittelpunkt gerückt, die zwischen Rechtsidee[250] und positivem Recht, zwischen Ethik und Recht vermittelt.[251]

---

[243] *Hubmann*, Wertung und Abwägung, passim; hierzu erneut im Überblick *Larenz*, Methodenlehre, S. 127.

[244] *Hubmann*, Wertung und Abwägung, S. 8; 14; ferner auch *Hofmann*, Abwägung im Recht, S. 264.

[245] Vgl. dazu *Larenz*, Methodenlehre, S. 127; zur Bedeutung des Systems für die generalisierende Gerechtigkeit sogleich § 2 B.

[246] *Zippelius*, Wesen des Rechts, S. 123 ff.; hierzu ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 126 f.

[247] *Zippelius*, Wesen des Rechts, S. 128 f.; näher *Larenz*, Methodenlehre, S. 126.

[248] *Zippelius*, Wertungsprobleme, S. 195; vgl. auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 126 f.

[249] Überzeugend *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit, S. 99 ff.

[250] Zum Begriff der Rechtsidee gleich § 2 II 2 b.

[251] Vgl. nur *Larenz*, Methodenlehre, S. 129; unter Verweis auf *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133; *ders.*, Methodenlehre, S. 132, wiederum unter Verweis auf *Larenz*, Methodenlehre, S. 137 ff.; *dens.* Richtiges Recht, S. 23 ff.

2. Rechtsprinzipien: eine Option für Fallgerechtigkeit

a. Rechtsprinzipien als rechtsethische Prinzipien

Grundlegende methodische Bedeutung haben die Rechtsprinzipien wohl umfassend zuerst durch *Esser* erfahren, der insbesondere auf die Dienlichkeit solcher Prinzipien für die Bereiche außerhalb des geschlossenen positiven Ordnungskreises hinweist.[252] Ihm geht es daher in erster Linie um die Rechtsfortbildung bzw. die Lösung des Einzelfalls und weniger um eine systematische Strukturierung eines Rechtsgebiets anhand geltender Prinzipien.[253] Allgemeine Rechtsgedanken sind danach als Rechtsprinzipien unabhängig vom Gesetz wirksam.[254] Diese Trennung der Rechtsprinzipien vom positiven Recht kann jedoch aus folgenden Gründen keinen methodischen Anklang finden: Die Heranziehung von Rechtsprinzipien, die allein auf Werturteilen beruhen, ist einmal erst dann rechtsdogmatisch überzeugend, wenn auch die Richtigkeit dieser beigezogenen Werturteile systematisch überprüft werden kann, die Rechtsprinzipien sich also in ein privatrechtsdogmatisches Gesamtgefüge einordnen lassen.[255] Rechtsprinzipien nehmen damit eine Strukturierungsaufgabe war, die sie nur innerhalb der Rechtsordnung wahrnehmen können. Zweitens bedarf es darüber hinausgehend einer Integration der Rechtsprinzipien in die Rechtsordnung aufgrund staatstheoretischer bzw. verfassungsrechtlicher Überlegungen. Allein diejenigen Bewertungsmaßstäbe, die Einzug in die demokratisch legitimierte Rechtsordnung erhalten haben, können einen gesellschaftlichen Einfluss und damit gesellschaftliche Akzeptanz entfalten.[256] Auf diese Weise wird der Rechtssicherheit derart gerecht geworden, dass nicht allein im ethischen Raum argumentiert werden kann, sondern vielmehr an

---

[252] *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 52 f., unter Bezugnahme auf das common-law; näher dazu und zu dem Ansatz von *Fikentscher*, der ebenfalls die Fallgerechtigkeit in den Mittelpunkt rückt *Larenz*, Methodenlehre, S. 133 ff.

[253] Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 137 ff.; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 132 f.

[254] *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 5: „*Sie rechtfertigen sich aus der Natur der Sache*"; hierzu auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 138.

[255] Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 142. Bezüglich der Bedeutung der Falsifizierbarkeit innerhalb der Wissenschaftstheorie *Popper*, Logik der Forschung, passim; ferner *Kaufmann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie, S. 142 f.; *Metzger*, Extra legem, intra ius, S. 42 f.

[256] So überzeugend *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 134 f, mit zahlreichen Beispielen bezüglich der Akzeptanz von gesetzlichen Wertungen. Bei der gesellschaftlichen Anerkennung einer Rechtsvorschrift muss zwischen der Akzeptanz und der Akzeptabilität einer Norm differenziert werden. Nach *Habermas*, Einbeziehung des Anderen, S. 297, beschreibt die Akzeptanz die faktische Anerkennung einer Vorschrift, während die Akzeptabilität die Anerkennungswürdigkeit beschreibt. Nach dem Demokratieprinzip komme es allein auf die Akzeptabilität an; hierzu ferner *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?, S. 128. Skeptisch zu dem Effekt der Normakzeptanz durch Gesetzesbegründung jüngst *Schwarz/Bravidor*, JZ 2011, 653 (658); optimistischer hingegen *Redeker/Karpenstein*, NJW 2001, 2825 (2827), m.w.N.; instruktiv aus rechtsvergleichender Sicht zuletzt *Fleischer*, AcP 211 (2011), 317 ff.

geltendes, positives Recht angeknüpft werden muss. Endlich – und darin liegt die dritte Notwendigkeit der Integration der Wertungsmaßstäbe in das positive Recht – können nur solche ethischen Grundsätze berücksichtigt werden, die von der Rechtsordnung (bewusst oder unbewusst) anerkannt wurden. Andernfalls sind rein ethisch-moralische Gesichtspunkte bei der Rechtsanwendung außen vor zu lassen.[257] Insbesondere im Arztrecht würde man bei einer rechtlichen Anerkennung jedweder ethischer Grundsätze eine „*Büchse der Pandora*" öffnen. In einem derart verstärkt von Ethik und Moral geprägten Rechtsgebiet, kommt der rechtlichen Anerkennung ethischer Grundsätze eine besonders erweiternde und gleichzeitig beschränkende Funktion zu. Wertende Rechtsprinzipien, die in diesem Rahmen im Mittelpunkt stehen,[258] sind demzufolge keine ethischen, außerrechtliche Prinzipien, sondern konträr – und dies ist eine entscheidende Differenzierung – rechtsethische, und damit in der Rechtsordnung verankerte Rechtsprinzipien.[259] Solche rechtsethischen Prinzipien stehen in inhaltlichen Beziehungen zum positiven Recht.[260] Ein alleiniger Rückgriff auf nicht positivierte Rechtsprinzipien kann daher nicht überzeugen.[261]

b. Ermittlung der Rechtsprinzipien

Auf dieser Differenzierung aufbauend haben sich an vorderster Front *Larenz* und *Bydlinski* bei der näheren Untersuchung von Rechtsprinzipien verdient gemacht. Ersterer sieht in den Rechtsprinzipien einen Vermittler zwischen der Rechtsidee, die sie näher konkretisieren, und dem positiven Recht, deren leitende Rechtsgedanken sie sind.[262] Daran anschließend eruiert *Bydlinski* die Rechtsprinzipien anhand eines gemischt deduktiv-induktiven Verfahrens: Einerseits sollen induktiv

---

[257] *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 115; *Kling*, Sprachrisiken, S. 172, m.w.N. Die Folgen einer Vereinheitlichung von Ethik und Recht hat *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft, S. 53, anhand folgenden Beispiels erläutert: So lässt sich durchaus das ethische Gebot herleiten, dass der überaus solvente Gläubiger auf eine Forderung gegenüber dem existenziell bedrängten Schuldner verzichten soll. Sähe man darin jedoch ein rechtliches Gebot, würden allerdings zentrale Rechtsprinzipien wie die Vertragstreue und die Rechtssicherheit ausgehöhlt.

[258] Die einzelnen Ausprägungen der Rechtsprinzipien näher beschreibend *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 8.

[259] Zu den rechtsethischen Prinzipien näher *Bydlinski*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Rechtsethik und Rechtspraxis, S. 11 (57 f.; 75); *Larenz*, Methodenlehre, S. 334 ff.; 438 f.; *ders./Wolf*, Allgemeiner Teil, § 4 Rdnr. 46. Die Aufgabe der Rechtsethik liegt in dem Ausgleich zwischen Freiheit und Rücksichtnahme, vgl. *Behrends*, in: *Bydlinski/Mayer-Maly*, Die ethischen Grundlagen, 1 (28 f.); *Kling*, Sprachrisiken, S. 173.

[260] *Bydlinski*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Rechtsethik und Rechtspraxis, S. 11 (57).

[261] Vgl. erneut *Larenz*, Methodenlehre, S. 142.

[262] Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 421; ders. Richtiges Recht, 23 ff.; 42 ff.; 174 ff. et passim; hierzu *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133. In jüngerer Zeit hat sich vor allem auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 157 ff. et passim, bei der Aufnahme und Weiterentwicklung dieser Methode Verdienste erworben.

„*von unten*", d.h. von bestehenden Einzelregelungen ausgehend, andererseits deduktiv „*von oben*", d.h. von der Rechtsidee bzw. den fundamentalen Rechtsgrundsätzen her, die Rechtsprinzipien ermittelt werden.[263] Der Begriff der Rechtsidee wird dabei als die „*sehr allgemeinen rechtlichen Grundwerte oder Fundamentalprinzipien*" beschrieben.[264] Dazu gehören jedenfalls die Gerechtigkeit, der Rechtsfrieden bzw. die Rechtssicherheit; teilweise wird auch noch die Zweckmäßigkeit genannt.[265] Diese Fundamentalprinzipien können „*einerseits als inhaltlicher Gegenstand rationalen umfassenden Konsenses legitimiert werden*" und „*andererseits zugleich unter den als wirksam erfahrbaren, also „positiven" allgemeinen Normen in historischer und vergleichbarer Sicht, wie plausibel angenommen werden kann, die umfassendste Positivität aufweisen*".[266] Diese fundamentalen, letztlich rechtsphilosophischen Prinzipien werden daher auch als die „a*llgemeinsten „Ziele" oder „Funktionen" des Rechts*"[267] bzw. als „*Endzweck*"[268] einer Rechtsordnung bezeichnet. Eine Rechtsordnung liegt einer solchen Rechtsidee zugrunde oder strebt sie zumindest an bzw. ist darauf ausgerichtet. Die Orientierung an der Rechtsidee bei der Ermittlung der Rechtsprinzipien ist deswegen erforderlich, um eine Selektion solcher gesellschaftlicher Wertungen vorzunehmen, die sich inhaltlich als Konkretisierung der fundamentalen Rechtsprinzipien darstellen lassen.[269] Einer Ausrichtung an dem positiven Recht bedarf es wiederum, um

---

[263] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133; *ders.*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Rechtsethik und Rechtspraxis, S. 11 (75): „*Prinzipien mittlerer Reichweite*"; auf diese Methode greift auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 164 f., zurück.

[264] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 3. Die Lehre von der Rechtsidee ist dabei die (naturrechtliche) Gegenposition zu der rechtspositivistischen Trennungsthese: Danach gilt das positive Recht ohne jede Rücksicht auf entsprechende moralische Qualitäten, sofern nicht eine höherrangige Rechtsnorm entsprechende Vorgaben macht. Das Recht kann nach dieser These jeden beliebigen Inhalt haben, vgl. *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 200; zur Verteidigung der Trennungsthese *Hoerster*, NJW 1986, 2480 ff.; instruktiv zu der positivistischen Trennungsthese *Ott*, Rechtspositivismus, passim; im Überblick ferner *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 277 ff., m.w.N.

[265] An diesem Punkt differieren die Ansichten: *Bydlinski,* Methodenlehre, S. 137 f.; *ders.*, System und Prinzipien, S. 3; sieht im Einklang mit Rechtsphilosophen wie *Henkel*, Rechtsphilosophie, S. 389 ff.; und *Radbruch* die Gerechtigkeit, die Rechtssicherheit und die Zweckmäßigkeit als Bestandteile der Rechtsidee an, zu letzterem näher *Kaufmann*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, S. 90 ff. *Larenz*, Richtiges Recht, S. 32 ff., sieht hingegen unter Verweis auf das Denken der abendländischen Rechtsphilosophie allein die Gerechtigkeit und den Rechtsfrieden als von der Rechtsidee erfasst. Die Rechtssicherheit gehe in dem Gedanken des Rechtsfriedens auf und die Zweckmäßigkeit bezeichne keinen Endzweck des Rechts, beinhaltet demnach keinen Beitrag zum „*Richtigen Recht*". *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 3, weist jedoch auf die maßgebliche und auch für diesen Rahmen entscheidende Gemeinsamkeit hin: Sämtliche Maximen einigen sich in der „*Forderung nach bestmöglicher Übersichtlichkeit des Rechtsstoffs*". Zur Bedeutung der Rechtsidee im Strafrecht, konkret im Rahmen der Nothilfe, lehrreich *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe, S. 18 f., m.w.N.

[266] *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft, S. 45.

[267] *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft, S. 45, jeweils unter Verweis auf *P. Koller*, Theorie des Rechts, S. 57 f.; *Weinberger*, Norm und Institution, S. 38.

[268] *Larenz*, Richtiges Recht, S. 29.

[269] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133.

zu ermitteln, ob die Wertungsmaßstäbe als Leitgedanken positiv rechtlicher Normen auffindbar sind.[270] Im Ergebnis werden die Rechtsprinzipien damit anhand einer objektiv-teleologischen Auslegung des positiven Rechts ermittelt.[271] Unter den rechtsethischen Prinzipien, an denen sich die objektiv-teleologische Auslegung zu orientieren hat, kommt den in den Verfassungsrang erhobenen Grundsätzen eine entscheidende Bedeutung zu.[272] Da der Gesetzgeber die wichtigsten rechtsethischen Prinzipien verfassungsrechtlich positiviert hat,[273] muss die verfassungskonforme Auslegung als Abart der objektiv-teleologischen Auslegung besonders berücksichtigt werden.[274] Dabei geht man mit Grund von der Annahme aus, dass der Gesetzgeber im Ausgangspunkt den objektiven Rechtszweck, die Rechtsidee, zu verwirklichen sucht.[275] Mithilfe der teleologischen und verfassungskonformen Auslegung einer positivrechtlichen Norm können demnach die einer Rechtsordnung zugrundeliegenden rechtsethischen Prinzipien herausgearbeitet werden. Auf diese Weise – und damit wird die Überzeugungskraft dieser Methodik im Gegensatz zu einem rein deduktiven Vorgehen deutlich – werden allein diejenigen ethischen Grundsätze berücksichtigt, die auch von der Rechtsordnung als wesentlich anerkannt wurden. Gleichzeitig wird dem Demokratieprinzip zumindest im Ansatz genüge getan. Zuletzt stellen sich die rechtsethischen Prinzipien als Bestandteil einer bestehenden Rechtsordnung und damit eines privatrechtlichen Systems dar. Kurzum: Dem zentralen Ziel der Rechtsdogmatik, „*Gerechtigkeitsfragen in ihren Einzelbereichen juristisch operational zu machen*“[276] wird allein durch die Rechtsprinzipien im Sinne von rechtsethischen Prinzipien als Mittler zwischen positivem Recht und Rechtssicherheit gerecht geworden.

---

[270] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133.

[271] So mit Recht *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 9 f., der das System treffend als „*dokumentiertes Verständnis von der Teleologie des Rechts*“ beschreibt. Die objektiv-teleologischen Auslegungskriterien sind dabei diejenigen Kriterien, die einer Norm zugrunde liegen, unabhängig davon, ob „*sich der Gesetzgeber ihrer Bedeutung für die von ihm geschaffene Regelung immer bewusst gewesen ist*“, so *Larenz*, Methodenlehre, S. 333; ebenso *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 133 f. Eine objektiv-teleologische Auslegung ist demnach nichts anderes als eine gemischt induktiv-deduktive Vorgehensweise.

[272] *Larenz*, Methodenlehre, S. 339.

[273] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 502.

[274] *Bydlinski*, Methodenlehre, S, 455.

[275] *Larenz*, Methodenlehre, S. 333; vgl. auch *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 131; 454.

[276] So mit Recht *Esser*, AcP 172 (1972), 97 (113).

B. Rechtsprinzipien als „Koordinatensystem“

I. Rechtsprinzipien im beweglichen, privatrechtlichen System

1. Rechtsprinzipien im privatrechtlichen System

Damit kommen wir zum rechtsmethodisch entscheidenden Teil: der Systematisierungsfunktion der Rechtsprinzipien. Mögen die Rechtsprinzipien und dabei vor allem die rechtsethischen Prinzipien der Schlüssel, die Option zu einer Fallgerechtigkeit sein, bedarf es ferner im Sinne des rechtsethischen Gleichheitssatzes einer Integration in das privatrechtliche System.[277] Ein Rechtsprinzip darf nicht nur in einem konkreten Einzelfall zu einem Recht und Gerechtigkeit beachtenden Urteil führen; vielmehr muss es, gleichsam eines richterlichen Werkzeugs, in weiteren, vergleichbaren Fällen zur Verfügung stehen. Da sich die Rechtsprinzipien an der Rechtsidee und damit an dem Gerechtigkeitsgedanken orientieren, stehen sie unter dem Gleichbehandlungsgebot.[278] Es ist der Verdienst von *Canaris*, dass er die auch verfassungsrechtlich gebotene Notwendigkeit einer inneren Folgerichtigkeit einer Rechtsordnung herausgearbeitet und mit seinem bis heute maßgeblichen Systembegriff die Methodenlehre geprägt hat. Das System ist für *Canaris* die „*axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien*“.[279] Durch diese Ordnung

---

[277] Vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 8; 10; *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat, S. 22; *Rüthers*, Rechtstheorie, Rdnr. 775; zu der Verfassungswidrigkeit systemwidriger Normen *Canaris*, Systemdenken, S. 125 ff. Allgemein zu dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Systemgerechtigkeit aktuell BVerfG, Beschl. v. 16.12.2010 - 2 BvL 16/09, Juris, Rdnr. 19. Zu beachten ist dabei, dass eine Systemwidrigkeit einen Gleichheitsverstoß allein indiziert, die Systemwidrigkeit verletzt Art. 3 Abs. 1 GG dagegen nicht: „*Das Bundesverfassungsgericht kann eine solche Regelung nur nach den Maßstäben der Verfassung, nicht aber unter dem Gesichtspunkt der Systemwidrigkeit für verfassungswidrig erklären*“, so BVerfGE 61, 138 = Urt. v. 19.10.1982 - 1 BvL 39/80, Juris, Rdnr. 37; vgl. hierzu ferner umfassend *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip, S. 235 ff., m.w.N. Zum Ungerechten an der Gerechtigkeit *Rüthers*, JZ 2009, 969 ff.

[278] Vgl. *Larenz*, Methodenlehre, S. 334 ff.; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 9, m.w.N.

[279] *Canaris*, Systemdenken, S. 156. Dieser Systembegriff wurde und wird für die Systembildung in verschiedenen Gebieten zu Grunde gelegt, vgl. etwa für das Aktienrecht *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 6 ff.; für das Europarecht *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 10 ff.; für das Steuerrecht *R. P.* Schenke, Rechtsfindung im Steuerrecht, S. 37 ff.; *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System, S. 32 ff., je m.w.N. Zu der Kritik an diesem Systembegriff bzw. zur Systembildung überhaupt eingehend *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 12 ff. Danach wird vor allem von *Peine*, Recht als System, S. 16 ff. et passim, ins Feld geführt, dass allein die Verfassung eine Struktur vorgeben könne; allein lasse sich aus Art. 3 Abs. 1 GG kein solches System für die Rechtsordnung entnehmen. Dagegen wird jedoch von *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 13, überzeugend vorgebracht, dass dieses Verfassungsverständnis zu positivistisch ist: Da sich das Gesetz einer Umgangssprache bedient, die, anders als eine mathematisierte Logik, keine exakten Begriffe verwendet, bedarf es einer Auslegung des Gesetzestextes, vgl. *Larenz*, Methodenlehre,

kann und soll die „*wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung*“ dargestellt und verwirklicht werden.[280] Die (innere) Ordnung durch die Rechtsprinzipien ist demzufolge dann gewährleistet, sofern diese Prinzipien und Wertungen aufeinander abgestimmt und folgerichtig durchgeführt worden sind.[281] Als weiteres Element des Systembegriffs ist der Einheitsgrundsatz zu beachten. Danach müssen sich die Rechtssätze und damit die Rechtsordnung auf wenige tragende Grundprinzipien zurückführen lassen.[282] Dabei lassen sich nicht nur die allgemeinen Rechtsprinzipien, sondern – und dies ist für den vorliegenden Rahmen entscheidend – auch die rechtsethischen Prinzipien in das privatrechtliche System einordnen und damit handhabbar machen.[283] Das privatrechtliche System besteht danach aus Rechtsprinzipien; jene sind somit nicht undogmatisch bzw. unsystematisch und damit beliebig, sondern vielmehr Bestandteil eines privatrechtlichen Systems.

2. Rechtsprinzipien im beweglichen System: eine praktische Konkordanz

a. Das bewegliche System

Die hier intendierte Ermittlung einer Grenze der arbeitsteiligen Medizin ist regelmäßig das Ergebnis eines Ausgleichs zwischen zwei oder mehreren, widerstreitenden Prinzipien. Das bedeutet, dass die Rechtsprinzipien innerhalb des privatrechtlichen Systems beweglich im Sinne *Wilburgs* sind.[284] Es besteht danach grundsätz-

---

S. 312. Mit *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 8 f., folgen daraus methodologische und nicht nur methodenrechtliche Anforderungen, die durchaus strenger sein können. Stellen die methodenrechtlichen Vorgaben, etwa aus Art. 3 Abs. 1 GG, einen Mindeststandard dar, orientiert sich die Methodenlehre mit den aus der Rechtsidee abgeleiteten Rechtsprinzipien an dem (strengeren) rechtsethischen Gleichheitssatz. Kurzum: Der Weg zum „*Richtigen Recht*“ ist anspruchsvoller (im Sinne von methodologisch strenger) als der Weg zum verfassungskonformen Recht.

[280] *Canaris*, Systemdenken, S. 18. Näher zur Einheit der Arztrechtsordnung § 6 B II.

[281] *Canaris*, Systemdenken, S. 12; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 5.

[282] *Canaris*, Systemdenken, S. 12 f.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 6; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 6.

[283] Vgl. *Bydlinski*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Rechtsethik und Rechtspraxis, S. 11 (75 f.).

[284] Vgl. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, passim; *ders*, AcP 163 (1963), 346 ff.; hierzu eingehend *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 529 ff., m.w.N. Die gesammelten Beiträge von renommierten Privatrechtlern in: Das Bewegliche System, passim, machen dabei deutlich, dass der Anwendungsbereich des beweglichen Systems nicht auf das Schadensrecht begrenzt ist; vgl. ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 226 Fn. 464. Dieser Zusammenhang von Rechtsprinzipien und dem beweglichen System *Wilburgs* wird etwa von *Alexy*, in: Argumentation und Hermeneutik, S. 59 ff., im Anschluss an *Dworkin*, Bürgerrechte, passim, nicht hergestellt, vgl. *Bydlinski*, in: Das Bewegliche System, S. 21 (23), sodass dessen Ansatz von den Rechtsprinzipien als „*Optimierungsgebote*“ hier nicht weiter beleuchtet werden soll; diesbezüglich aber etwa Stürner, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 331 ff., m.w.N.

lich[285] kein festes Rangverhältnis und damit eine wechselseitige Austauschbarkeit zwischen den einzelnen Prinzipien.[286] Das privatrechtliche System soll so gestaltet werden, „*dass es ohne Verlust seines inneren Haltes die Eignung erlangt, die vielfältigen Kräfte des Lebens in sich aufzunehmen*".[287] Rechtsprinzipien haben damit eine ordnende, aber gleichzeitig auch integrierende Funktion.[288] Die Prinzipien befinden sich dabei in einem Zusammenspiel wechselseitiger Ergänzung und Beschränkung.[289] Die heutige Methodendiskussion ist um die Präzisierung der Lehre vom beweglichen System bemüht, insbesondere in der Frage nach der Bestimmung des Gewichts eines jeweiligen Rechtsprinzips im konkreten Einzelfall, bei der jeweiligen gegenseitigen Ergänzung respektive Beschränkung.[290] Im Folgenden soll auf den Zusammenhang zwischen dem beweglichen System im Sinne *Wilburgs* und der (verfassungsrechtlichen) Verhältnismäßigkeitsprüfung allgemein bzw. konkret der praktischen Konkordanz aufmerksam gemacht werden.[291] Ausgangspunkt ist dabei die Erkenntnis, dass die Bildung eines inneren Systems durch einen Prozess der gegenseitigen Befruchtung im Sinne eines hermeneutischen Verstehensprozesses erfolgt.[292] Dafür bedarf es jedoch einer gewissen inneren Rangordnung der bestehenden Prinzipien bzw. eines Zusammenspiels der verschiedenen gleichberechtig-

---

[285] Zu der abstrakten Wertigkeit eines Rechtsprinzips sogleich § 2 B I 2 b.

[286] So die treffende Beschreibung der „*Beweglichkeit*" von *Canaris*, Systemdenken, S. 75.

[287] *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 22; hierzu erneut auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 226.

[288] Diese integrierende Funktion muss freilich streng von einer reinen Billigkeitsjurisprudenz abgegrenzt werden, vgl. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems, S. 6 („*Schritt in die freie Rechtsfindung*"); *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 533; *Kling*, Sprachrisiken, S. 226 f., m.w.N.

[289] Canaris, Systemdenken, S. 55 f., u.a. auch mit der treffenden Formulierung: „*das Verständnis eines Prinzips ist stets zugleich das seiner Schranken*".

[290] Einen solchen Konkretisierungsversuch hat *Wilburg*, AcP 163 (1963), 346 (347), selbst für unmöglich bzw. nicht wünschenswert erachtet, vgl. *Kling*, Sprachrisiken, S. 229.

[291] Diesbezüglich etwa lehrreich *Bydlinski*, AcP 204 (2004), 309 ff., der die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft erachtet. Dabei muss gleichzeitig für den vorliegenden Rahmen klargestellt werden, dass hier selbstverständlich allein die *Methode* übernommen werden soll und nicht eine Verhältnismäßigkeitsprüfung im technischen Sinne erfolgt.

[292] *Larenz*, Methodenlehre, S. 475. Die juristische Hermeneutik in Gestalt des „*hermeneutischen Zirkels*" ist für eine wie in diesem Rahmen erfolgende Systembildung von herausragender Bedeutung, vgl. auch *Canaris*, JZ 1993, 377 (390), mit der Forderung der „*Objektivität der Einstellung*" des Interpreten. *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 430, beschreibt die Hermeneutik als „ *das verständnismäßige Band zwischen den Zeichen und der Person*"; instruktiv ferner *Larenz*, Methodenlehre, S. 206 ff.; *Betti*, Allgemeine Auslegungslehre, S. 204 ff.; 613 ff. et passim; *W. Hassemer*, ARSP 72 (1986), 195 ff.; lehrreich zur Bedeutung der Hermeneutik im Zusammenspiel zwischen Rechtsgeschichte und Rechtsdogmatik *Picker*, AcP 201 (2001), 763 ff. Der Zirkel beginnt mit einem Vorverständnis über das Interpretationsobjekt und setzt sich in einem „*Prozess des Vor- und Zurückblickens*" fort, *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 17. Dabei ist der Einfluss des hermeneutischen Vorverständnisses bei der Prinzipienbildung zu beachten: Jeder Rechtsanwender geht mit einem anderen Vorverständnis an eine rechtliche Problematik heran; umso bedeutender sind klare Kriterien bei der Prinzipienbildung und beim Zusammenspiel dieser Prinzipien innerhalb des beweglichen Systems, vgl. auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 165 ff., m.w.N.

ten Prinzipien der jeweiligen Konkretisierungsstufen (Prinzipien und Unterprinzipien).[293] Das heißt konkret: Gleich einer praktischen Konkordanz müssen die unter Umständen widerstreitenden Rechtsprinzipien in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden. Dabei sind zwei Kriterien maßgeblich: Einmal die abstrakte Wertigkeit bzw. Rangordnung und zum anderen die Eingriffsintensität bzw. Einschränkung des betroffenen Rechtsprinzips. Im beweglichen System spiegelt sich der Zeitgeist der Wertungsjurisprudenz wider.[294]

b. Die abstrakte Wertigkeit eines Rechtsprinzips

Das *BVerfG* legt im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung bei der hierarchischen Rangordnung der Grundrechte eine gewisse Zurückhaltung an den Tag.[295] Gleichwohl hat *Karlsruhe* in wenigen Entscheidungen, insbesondere für den hier im Fokus stehenden Gesundheitsbereich, den besonderen Bedeutungsgehalt der Grundrechte Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. Gesundheit herausgestellt. So hat das Verfassungsgericht deutlich gemacht, dass Schäden, die an der menschlichen Gesundheit bzw. am menschlichen Leben eintreten, vielfach irreversibel sind und daher ein erhebliches Gewicht haben.[296] Überdies wurde vor allem im viel beachteten „*Nikolaus-Beschluss*“ das Recht auf Leben als „*Höchstwert*“ bezeichnet.[297] Nicht zuletzt der *BGH* hat in einigen Entscheidungen eine derartige Rangordnung innerhalb der Grundrechte vorgenommen.[298] Diese Erkenntnis lässt sich ohne weiteres für die Hierarchie der widerstreitenden Rechtsprinzipien innerhalb eines beweglichen Systems übertragen: Ist ein Rechtsprinzip betroffen, das den Schutz des Lebens, der Gesundheit bzw. der körperlichen Unversehrtheit bezweckt, ist ihm eine abstrakt höhere Wertigkeit zuzusprechen als einem allein materielle Bedürfnisse befriedigendem Rechtsprinzip.[299] *Canaris* hat dieses Zusammenspiel zwischen abstrakter Wertigkeit eines Rechtsguts und deren Auswirkungen auf den Abwägungsprozess für die Wirkung der grundrechtlichen Schutzpflichten im Privatrecht verdeutlicht: Eine Schutzpflicht ist danach umso eher zu bejahen, „*je höher das zu schützende Gut steht, so dass sie bei einer Gefährdung von Leben und Gesundheit grundsätzlich leichter zu begründen ist als bei einer solchen von Handlungsfrei-*

---

[293] *Larenz*, Methodenlehre, S. 475. Zum Verhältnis von Ober- und Unterprinzipien innerhalb des Systems im Überblick *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 16 f., m.w.N.

[294] *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 137.

[295] Vgl. die Übersicht bei *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 52 f., m.w.N. Teilweise wird die Annahme einer Rangordnung innerhalb der Grundrechte von führenden Staatsrechtslehrern sogar vollständig abgelehnt, vgl. nur *Bethge*, in: Maunz, BVerfGG, § 90 Rdnr. 311.

[296] BVerfG, NVwZ 2002, 592 (594).

[297] BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891 (893); jüngst auch BVerfG, NZS 2009, 376 (377).

[298] Vgl. etwa BGHZ 50, 133 = NJW 1968, 1773 (1776); NJW 1975, 1882 (1884).

[299] So auch *Larenz*, Methodenlehre, S. 457.

heit oder Eigentum".[300] Die Schutzpflichten weisen dabei einen direkten Zusammenhang zu den Rechtsprinzipien auf. So sind die aus den Grundrechten abgeleiteten Schutzpflichten im Ergebnis in den Verfassungsrang erhobene Rechtsprinzipien.[301] Dies wird im besonderen Maße bei der Privatautonomie deutlich: Führt die formale Privatautonomie zu einer bedenklichen Einschränkung des elementaren Persönlichkeitsschutzes, also im Bereich von Leben, Gesundheit oder Personenwürde, muss das Prinzip der materialen Privatautonomie, wonach die (formalen) Bedingungen der privatautonomen Selbstbestimmung tatsächlich vorliegen müssen, (ergänzend) beachtet werden. Die materiale Privatautonomie ist somit aus den grundrechtlichen Schutzpflichten entwachsen und zugleich ein privatrechtliches Rechtsprinzip. Konsequenterweise wendet *Bydlinski* die von *Canaris* im Bereich der Schutzpflichten angewandte komparative Formel auch im Bereich der Privatautonomie an: Das Gewicht des Prinzips der Selbstbestimmung ist gegenüber dem sonstigen Persönlichkeitsschutz danach umso geringer, „*je evident ungleicher die Entscheidungssituation Beteiligter beim Rechtsgeschäft strukturell, also auf Dauer, ist.*"[302] Gleichwohl darf auch im Falle einer inneren Rangordnung ein bestimmtes Rechtsprinzip keine Alleinherrschaft beanspruchen.[303] Zusammenfassend kann festgehalten werden, dass – in Anlehnung an die Abwägung im Rahmen der Verhältnismäßigkeitsprüfung – innerhalb der Schutzpflichten und dementsprechend auch bei den Rechtsprinzipien die abstrakte Wertigkeit eines Rechtsguts von Bedeutung ist.

c. Konkrete Eingriffsintensität

Bei diesem Kriterium der abstrakten Wertigkeit darf jedoch im Rahmen eines verfassungsrechtlichen und auch privatrechtlichen Abwägungsprozesses nicht stehen geblieben werden. Darüber hinaus ist die Intensität des jeweiligen Eingriffs maßgebend in den Abwägungsprozess mit einzubeziehen. Im Rahmen der grundrechtlichen Angemessenheitsprüfung kommt der konkreten Schwere des Eingriffs eine entscheidende Bedeutung zu.[304] Wiederum *Canaris* hat dieses Kriterium für seine Ermittlungsmethode im Bereich der grundrechtlichen Schutzpflichten fruchtbar gemacht: Danach kommt eine Schutzpflicht umso eher in Betracht, „*je*

[300] *Canaris*, Privatrecht und Grundrechte, S. 78 ff.; so auch *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 160 f.

[301] *Larenz*, Methodenlehre, S. 325; vgl. auch *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft, S. 76 („*Verfassungsmaximen*").

[302] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 161.

[303] Für das Recht der Verpflichtungsgeschäfte hat *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 332, darauf verweisen, dass es um eine Prinzipienabwägung geht, in deren Verfahren sich jedes Prinzip „*noch in einem spürbaren Mindestausmaß behaupten*" kann.

[304] Stellvertretend BVerfGE 75, 284 = NJW 1988, 543 (544); BVerfGE 83, 1 = NJW 1991, 555 (557); BVerfGE 102, 1 = NJW 2000, 2573 (2575); ferner erneut *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt, S. 54 ff., m.w.N.

gravierender der drohende Eingriff und je größer die Gefahr ist."[305] Im Lichte der soeben herausgearbeiteten Verbindung zwischen Schutzpflichten und Rechtsprinzipien, muss dieser komparative Satz auch im Zusammenspiel der Rechtsprinzipien innerhalb des beweglichen Systems Geltungskraft entfalten.

d. Zusammenfassende Konkretisierung des beweglichen Systems

Aufgrund der *Zwittereigenschaft* des beweglichen Systems zwischen Tatbestand und Generalklausel bewegen sich die Rechtsprinzipien zwischen den Antinomien Rechtssicherheit und Flexibilität. Mit der praktischen Konkordanz innerhalb des beweglichen Systems der widerstreitenden Rechtsprinzipien nach den Kriterien abstrakte Wertigkeit und konkrete Eingriffsintensität konnte eine flexible, jedoch gleichzeitig ein Mindestmaß an Rechtssicherheit gewährleistende Abwägungsmethode herausgearbeitet werden.[306] Dabei gilt beim Zusammenspiel der Rechtsprinzipien im beweglichen System – in Anlehnung an *Canaris* –[307] folgende komparative Abwägungsformel: *Je höher der Rang eines Rechtsprinzips, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr durch gegenläufige Rechtsprinzipien, je geringer die Möglichkeit zu einem effektiven Selbstschutz und je schwächer das Gewicht widerstreitender Rechtsprinzipien, desto stärker ist das jeweilige Rechtsprinzip im Abwägungsprozess zu gewichten.*

II. Strukturierung durch Rechtsprinzipien

1. Aufzeigen und Schließen von Gesetzeslücken

Wurden soeben Rechtsprinzipien als Bestandteile eines (beweglichen) Systems herausgearbeitet, so soll abschließend die daraus folgende Ordnungs- und Strukturierungsfunktion aufgezeigt werden, die sich (auch) der vorliegende Ordnungs-

---

[305] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 79 f.; hinzutritt noch als maßgebliches Kriterium die Möglichkeit zum Selbstschutz.

[306] Auf eine praktische Konkordanz rekurriert im Ergebnis auch *Bydlinski*, AcP 188 (1988), 447 (454); *ders.*, Methodenlehre, S. 531, geht dabei ebenfalls - freilich im Rahmen einer sogenannten Basiswertung - mit einer komparativen Formel vor „*Je mehr (vom graduell abstufbaren Kriterium) umso mehr (umso eher) die Rechtsfolge.*" *Hönn*, in: Das Bewegliche System, S. 86 (96), schlägt hingegen vor, dass - bei gegenüberstehenden gleichwertigen Rechtsprinzipien - allein nach der Eingriffsintensität abgewogen wird; hierzu näher *Kling*, Sprachrisiken, S. 173; 229 f. Damit greift auch dieser Ansatz auf die Methode der praktischen Konkordanz zurück; so zuletzt auch überzeugend für die Subventionsrechtsordnung *Rodi*, Subventionsrechtsordnung, S. 225. Auf eine Verhältnismäßigkeitsprüfung bzw. praktische Konkordanz stellt im Ergebnis auch *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (354 f.), ab, wenn er das Verhältnismäßigkeitsprinzip als dogmatisches Mittel gebraucht, um heteronome Elemente, wie etwa den Verkehrsschutz, gegenüber der autonomen Bestandteilen der Rechtsordnung, wie etwa der Privatautonomie, zu begrenzen. Insoweit gelte: „*so viel Autonomie wie möglich, so viel Heteronomie wie nötig.*"

[307] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 80.

dienst zunutze macht. Der methodisch-dogmatische Nutzen der Rechtsprinzipien im Privatrecht überhaupt und im (verhältnismäßig unstrukturierten) Medizin- bzw. Arztrecht im Speziellen kann nicht hoch genug eingeschätzt werden.[308] So können die Rechtsprinzipien einmal Gesetzeslücken aufzeigen, beheben bzw. ihre Wirkungen begrenzen.[309] Sofern das positive Recht keine Lösung für den Einzelfall bieten kann, bedarf es der Rechtsprinzipien, um einem non-liquet, also de facto einer Rechtsverweigerung,[310] vorzubeugen.[311] Es liegt gerade der Vorzug der Wertungsjurisprudenz darin, im Fall einer Gesetzeslücke, die (gerechte) Lösung eines Einzelfalls anhand bestehender Wertungsmaßstäbe zu ermöglichen. Diesen Wertungen bzw. Wertungsmaßstäben liegt mit den Rechtsprinzipien eine privatrechtsdogmatische Figur zugrunde, die auf der einen Seite die Fallgerechtigkeit dogmatisch optioniert und dadurch gleichzeitig Rechtssicherheit in einem Mindestmaß gewährleistet.[312] Die Rechtsprinzipien bilden somit ein bedeutendes privatrechtsdogmatisches Fundament für das Auffinden und Schließen von Gesetzeslücken. Die Rechtsordnung wird dadurch nicht nur ethisch geprägt, sondern vor allem auch handlungsfähig gehalten.

2. Dogmatische Ergebnissicherung und Rechtssicherheit

Daneben sichern die Rechtsprinzipien die durch Subsumtion unter eine Norm gefundenen Ergebnisse dogmatisch ab, sodass insbesondere auch Widersprüche innerhalb einer Rechtsordnung aufgedeckt werden können.[313] Dadurch wird die Rechtssicherheit deutlich erhöht, da erst die (wenigen) Rechtsprinzipien das Risiko widersprüchlicher Entscheidungen minimieren.[314] Hilfreich ist diesbezüglich auch die systematische Auslegung, vor allem im Sinne einer prinzipiell-systematischen Auslegung des inneren Systems.[315] Rechtssicherheit wird auf diese Weise vor allem

---

[308] Eine äußere Ordnung enthält regelmäßig schon einen Vorgriff auf das innere System, sodass schon dadurch eine (Vor-) Strukturierung erfolgt, vgl. *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 25; *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 23 ff.; zum Begriff des äußeren Systems allgemein, *Heck*, Begriffsbildung, S. 139 ff.; *Canaris*, Systemdenken, S. 19. So lässt sich auch für die Bedeutung des inneren Systems im Hinblick auf eine Strukturierung folgender komparativer Satz herleiten: Je ausgeprägter und differenzierter ein äußeres System ist, desto geringe Anforderungen sind an die innere Ordnung eines Systems gestellt.

[309] *Canaris*, Systemdenken, S. 133; *Kling*, Sprachrisiken, S. 162 f.; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 2 f.; vgl. auch *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung, S. 452.

[310] Vgl. *Canaris*, Feststellung von Lücken, S. 140; 144 ff.; *Larenz*, Methodenlehre, S. 385 f.

[311] Im römischen Recht war es dagegen möglich, dass der Richter mit dem Eid „*mihi non liquere*" von der Urteilsverpflichtung zurücktritt, vgl. *Sawang*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör, S. 117, m.w.N. Weitergehend hierzu Staudinger/*Coing*/*Honsell*, BGB, Einl. Rdnr. 121.

[312] *Kling*, Sprachrisiken, S. 163. Vgl. auch bereits § 2 A II 2.

[313] *Kling*, Sprachrisiken, S. 163; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 2 f.

[314] Vgl. auch *Canaris*, Systemdenken, S. 17 f.; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 3.

[315] *Canaris*, Systemdenken, S. 90 ff., differenziert mit Recht die systematische Auslegung anhand des äußeren Systems, also die Rückschlüsse aus der objektiven Stellung einer Norm, von der Ausle-

auch in demjenigen Bereich gewährleistet, der seit jeher dem Vorwurf einer reinen Billigkeitsjurisprudenz ausgesetzt war: bei der Generalklausel des § 242 BGB. Unter dem Deckmantel von Treu und Glauben liegt die Versuchung nahe, ethische Aspekte in das Recht einfließen zu lassen, ohne dass diesen Grundsätzen eine Rechtserheblichkeit zugesprochen wurde. Dies ist jedoch einer Rechtssicherheit nicht zuträglich. Demgegenüber können die Rechtsprinzipien hier ihrer Ordnungsfunktion nachkommen, indem sie als Bestandteil des zugrunde liegenden Systems ein Ergebnis ermöglichen, das privatrechtsdogmatisch begründet werden kann. *Kling* hat die Rechtsprinzipien daher treffend als „*Koordinatensystem*“ charakterisiert.[316] Aufgrund des deduktiven Einflusses der rechtsethischen Prinzipien wird somit eine Fallgerechtigkeit im Rahmen des Systems und damit im Sinne der Rechtssicherheit sichergestellt.

3. Wertigkeit de lege ferenda

Abschließend soll im Hinblick auf das vor der Tür stehende Patientenrechtegesetz der Vorzug des Systembegriffs und damit auch der Rechtsprinzipien für die künftige Gesetzgebung angesprochen werden. Ist das System mit den wesentlichen Grundprinzipien einer Rechtsordnung bekannt, so lassen sich anhand der Strukturierungseigenschaft der Rechtsprinzipien de lege ferenda Widersprüche vermeiden bzw. bestehende Widersprüche ausräumen.[317] Der Gesetzgeber kann basierend auf der beschriebenen Strukturierungsfunktion der Rechtsprinzipien im Sinne eines hermeneutischen Verfahrens des Vor- und Zurückblickens (unbeabsichtigte) Lücken systemkonform schließen, dogmatische Schwächen bereinigen und damit das Recht in Richtung „*Richtiges Recht*“ fortentwickeln. Es ist zu hoffen – diese Bemerkung sei endlich gestattet – dass im Patientenrechtegesetz die im Folgenden herausgearbeiteten, wesentlichen, arztrechtlichen Prinzipien Berücksichtigung finden.[318] Sollte dies nicht oder nur unzureichend der Fall sein, optionieren

---

gung aus dem inneren System heraus; ebenso *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 27 f., m.w.N. Allgemein zu der systematischen Auslegung innerhalb des Privatrechts Staudinger/*Coing*/*Honsell*, BGB, Einl. Rdnrn. 143 ff.; zum Mangel an System im Europarecht *Basedow*, AcP 210 (2010), 157 ff.; zur daraus folgenden Schwierigkeit der systematischen Auslegung *Höpfner*/*Rüthers*, AcP 209 (2009), 1 (11 ff.). Vgl. ferner bezüglich der systematischen Auslegung im Europäischen Vertragsrecht *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 64. Im IPR entfaltet die systematische Auslegung regelmäßig geringe Wirkungskraft, vgl. *Kropholler*, IPR, S. 69 f.

316 *Kling*, Sprachrisiken, S. 174.

317 *Zippelius*, Rechtsphilosophie, S. 194; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 3; als Beispiel lässt sich etwa die Änderung der Systematik im Bereich des Leistungsstörungsrechts durch die Schuldrechtsmodernisierung anführen, hierzu *Gril*, NJW 2002, 199 (200). Zu der rechtswissenschaftlichen Systematik im Bereich der Gesetzgebungstechnik allgemein *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst, S. 206 ff. et passim.

318 In diesem Rahmen kann und soll keine dogmatische Analyse des Patientenrechtegesetzes erfolgen, da mit dem Referentenentwurf noch ein sehr fragiles Analysegebilde vorliegt. Gleichwohl

gleichwohl erst die arztrechtlichen Prinzipien für die Zukunft eine kritische Begleitung und Analyse.

III. Zusammenfassung

Ziel des dem Ende zuneigenden Kapitels war die Erarbeitung der privatrechtstheoretischen Grundlagen für die im zweiten Teil der Monographie zu erwartende Entwicklung einer arztrechtlichen Grenze der arbeitsteiligen Medizin. Die Ergebnisse lassen sich dabei wie folgt zusammentragen: Das Arztrecht ist wie kaum ein anderes Rechtsgebiet von ethischen Grundsätzen geprägt und befindet sich aufgrund dessen im besonderen Spannungsfeld zwischen Ethik und Recht, zwischen Fallgerechtigkeit und Rechtssicherheit. In der Rechtsphilosophie und Privatrechtstheorie bildet dieses Spannungsfeld ein umfassendes Diskussionsforum; seit der heute herrschenden Wertungsjurisprudenz ist es anerkannt, dass sich Ethik und Recht voneinander nicht trennen lassen. Umstritten ist allein, auf welchem methodologischen Weg Fallgerechtigkeit optioniert und gleichzeitig Rechtssicherheit gewährleistet werden kann. Die überzeugendste Lösung hierfür bieten die sogenannten Rechtsprinzipien im Sinne von rechtsethischen Prinzipien, da sie zwischen der Rechtsidee und dem positiven Recht vermitteln. Damit entfalten nur diejenigen ethischen Einflüsse Bedeutungskraft, die von der Rechtsordnung anerkannt wurden. Rechtsprinzipien dürfen jedoch nicht nur im Einzelfall zwischen Rechtsidee und positivem Recht vermitteln, sondern müssen in der Rechtsordnung integriert sein. Da die Rechtsprinzipien Bestandteile des privatrechtlichen Systems sind, ist im Sinne des Gleichheitssatzes für jeden Einzelfall die „*Chance der Einzelfallgerechtigkeit*“ gegeben. Das privatrechtliche System ist dabei beweglich, sodass die (widerstreitenden) Rechtsprinzipien komparativ in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden müssen. Rechtsprinzipien sind insgesamt das einer Rechtsordnung zugrunde liegende und damit ordnende „*Koordinatensystem*“.

---

werden hier vereinzelte Regelungspunkte aufgegriffen, vgl. etwa zur dogmatischen Einordnung des Behandlungsvertrages als speziellen Dienstvertrag § 4 B I 3.

Zweiter Teil: Entwicklung eines arztrechtlichen Grenzsystems

§ 3 System und Prinzipien des Privatrechts

Basierend auf den soeben herausgearbeiteten Grundlagen intendiert der zweite Teil dieser Schrift die Entwicklung eines arztrechtlichen Grenzsystems. Dabei wird entsprechend den beiden thematischen Zielgebieten dieser Arbeit zwischen dem Arztvertrags- und Arzthaftungsrecht differenziert.[319] Ausgehend von der privatrechtlichen Ausrichtung des Arzt-Patienten-Verhältnisses,[320] wird zunächst das privatrechtliche System mit den maßgeblichen vertragsrechtlichen (vgl. A.) und haftungsrechtlichen Prinzipien (vgl. B.) vorgestellt. Dabei werden freilich nur diejenigen privatrechtlichen Grundsätze herangezogen, die für die anschließende Grenzziehung als sachdienlich erscheinen. Im Anschluss sollen die darauf aufbauenden, jedoch teilweise durch arztrechtliche Maximen und verfassungsrechtliche Schutzpflichten modifizierten arztrechtlichen Grenzprinzipien herausgearbeitet werden.[321]

---

[319] Es wird nicht verkannt, dass auch das Arztvertragsrecht einen haftungsrechtlichen Bezug hat.

[320] Hierzu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 20; zu dem Streit über die Rechtsnatur des Behandlungsvertrages § 4 B I 1.

[321] Bezüglich der hier erfolgten Differenzierung zwischen Maximen und Prinzipien § 4 A I.

A. Vertragsrechtliche Prinzipien

I. Privatautonomie

1. Formale Privatautonomie

a. Privatautonomie und Selbstbestimmung

Als zentrales Prinzip soll eingangs die Privatautonomie als Wesensmerkmal des Privatrechts in den Mittelpunkt gerückt werden.[322] Sie bildet eine zentrale Grundlage der geltenden Privatrechtsordnung.[323] Die Privatautonomie ermöglicht eine eigenständige und eigenverantwortliche Gestaltung der Lebensverhältnisse im Rahmen der Rechtsordnung.[324] Sie setzt somit per definitionem Selbstbestimmung voraus. Daher wird teilweise der Begriff der Privatautonomie mit dem der Selbstbestimmung gleichgesetzt.[325] Gleichwohl meint der Begriff der Selbstbestimmung mehr: Er stellt mit *Larenz* eine „*Grundfähigkeit des Menschen als Person*"[326] oder laut *Hartmann* den „*ethischen Substanzcharakter der Person*"[327] dar. Die Privatautonomie hat danach ihren Grund in der Respektierung der persönlichen Selbstbestimmung, die auf der Freiheit und Würde des Menschen fußt.[328] Das Selbstbestimmungsrecht ist somit ein Korrelat zur Privatautonomie.[329] Privatautonomes Handeln wird durch das Selbstbestimmungsrecht als Persönlichkeitsrecht[330] *legitimiert*; das

---

[322] Dabei muss und soll an dieser Stelle die Renaissance der Willensfreiheitsdebatte beiseite gelassen werden. Jüngst zu der Willensfreiheit als Voraussetzung der Privatautonomie für das Privatrecht *Mankowski*, AcP 211 (2011), 153 ff.; (auch) für das Medizinrecht *Laufs*, MedR 2011, 1 ff.; *Schmidt-Recla*, MedR 2008, 181 ff. (Patientenwille beim Behandlungsabbruch); für das Verfassungsrecht *Spranger*, JZ 2009, 1033 ff.; für das Betreuungsrecht *Habermeyer*, BtPrax 2010, 69 ff.; für das Strafrecht *Hirsch*, ZIS 2010, 62 ff.; mit Beiträgen aus sämtlichen Rechtsgebieten *Lampe/Pauen/Roth*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, passim.

[323] Stellvertretend BGHZ 125, 206 = NJW 1994, 1278 (1279); NJW-RR 2004, 924; *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 1 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnr. 2; *Bork/Taupitz/Wagner*, AcP 210 (2010), 1; *Röthel*, AcP 210 (2010), 32 (33); *Eidenmüller*, AcP 210 (2010), 67; zu der Privatautonomie im römischen Recht *Baldus*, AcP 210 (2010), 2 ff.

[324] Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 Rdnr. 1. Diese Begriffsbestimmung ist weitgehend anerkannt, obgleich unterschiedliche Akzentuierungen vorliegen, auf die in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden kann. Instruktiv zu den verschiedenen Ausprägungen der Privatautonomie *Busche*, Privatautonomie, S. 13 ff.

[325] So etwa *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 147.

[326] *Larenz*, Richtiges Recht, S. 63; vgl. auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 185.

[327] *Hartmann*, Ethik, S. 466.

[328] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 414.

[329] *Kling*, Sprachrisiken, S. 185.

[330] *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Rdnr. 204. Das Zusammenspiel von Selbstbestimmungsrecht und Persönlichkeitsrecht charakterisiert das gesamte Medizinrecht, vgl. nur für die

Selbstbestimmungsrecht wird gleichzeitig durch das privatautonome Handeln im Rechtsverkehr *konkretisiert*. Dieses Zusammenspiel von Privatautonomie und Selbstbestimmung hat *Canaris* präzis wie folgt zusammengefasst: „*Privatautonomie ist Selbstbestimmung der Person durch rechtliche Selbstgestaltung*.“[331] Metaphorisch ausgedrückt ist die Selbstbestimmung die persönlichkeitsrechtliche Wurzel,[332] während die Privatautonomie eine daraus erwachsene Pflanze darstellt.[333] Aus dem Selbstbestimmungsrecht des Menschen erwachsen jedoch neben der Privatautonomie weitere Individualrechte. An dieser Stelle sei stellvertretend die Meinungsfreiheit gemäß Art. 5 Abs. 1 GG als zentrales Kommunikationsprinzip in einer freien Gesellschaft genannt.[334] Es wird deutlich: Aufgrund des persönlichkeitsrechtlichen Ursprungs zeichnet sich das Selbstbestimmungsrecht in der Rechtsordnung durch eine Ubiquität aus. Im Rahmen des Privatrechts hat die Selbstbestimmung des einzelnen Rechtssubjekts jedoch eine konkrete Funktion: Sie ist mit der Privatautonomie ein in den Verfassungsrang, vgl. Art. 2 Abs. 1 GG, erhobenes Rechtsprinzip, das, wie dargelegt, in der gesamten Privatrechtsordnung verankert ist.[335]

b. Privatautonomie, Selbstverantwortung und Zurechnungsprinzip

aa. Selbstverantwortung und Zurechnungsprinzip

Die (formale) Privatautonomie erfährt jedoch eine bloß fragmentarische Skizzierung, wenn die Selbstbestimmung nicht um das Element der Selbstverantwortung ergänzt wird.[336] Dieser Zusammenhang, der wie die aktuellen Auswüchse auf den

künstliche Befruchtung *Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 ESchG Rdnr. 1; für das Abstammungsgutachten *Steiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 8.

[331] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 413, m.w.N.

[332] Vgl. *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art.2 Rdnr. 204.

[333] Vgl. nur BVerfGE 72, 155 = NJW 1986, 1859 (1860), wonach bei einer umfassenden Einschränkung der Privatautonomie nicht nur die allgemeine Handlungsfreiheit nach Art. 2 Abs. 1 GG, sondern vielmehr auch das allgemeine Persönlichkeitsrecht nach Art. 2 Abs. 1, Art. 1 Abs. 1 GG betroffen ist.

[334] Hierzu zuletzt BVerfG, ZUM 2010, 961 (963). Im Medizinrecht kommt der Meinungsfreiheit vor allem im Heilmittelwerberecht eine grundlegende Bedeutung zu. So können etwa die Verbote des § 10 HWG unter bestimmten Umständen hinter die Meinungsfreiheit zurücktreten, hierzu *Fritzsche*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 10 HWG Rdnr. 2. Ferner entfaltet die Meinungsfreiheit im ärztlichen Berufsrecht Bedeutungskraft, vgl. nur *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 29 MBO Rdnr. 6.

[335] Vgl. *Canaris*, JZ 1993, 377 (383); *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 147 ff. Sofern von der *Selbstbestimmung* in diesem Sinne die Rede ist, sollte zur begrifflichen Klarheit und Abgrenzung von der *Privatautonomie* gesprochen werden, so auch *Laufs*, MedR 2011, 1 (5).

[336] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 6, vertritt hingegen die Ansicht, dass es für die privatautonome Gestaltung von Rechtsverhältnissen keiner anderen Rechtfertigung bedürfe, als dass der Einzelne sie wolle, vgl. auch *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, S. 55 ff. Diese Argumentation kann freilich schon aus Verkehrsschutzgesichtspunkten keine Überzeugungskraft entfalten, vgl.

Finanzmärkten zeigen vielfach unbeachtet bleibt, lässt sich bereits ethisch begründen: Derjenige, der selbstbestimmt handelt, muss auch konsequenterweise für die Folgen seiner Handlungen einstehen.[337] Mit diesem Grundsatz wird die Privatautonomie gestärkt, da derjenige im Ergebnis entmündigt, ja nicht ernstgenommen wird, der zwar selbstbestimmt aber nicht selbstverantwortlich handelt.[338] Ungeachtet dieser ethischen Erwägungen, sind die rechtlichen Konsequenzen des Prinzips der Selbstverantwortung vielfältig. Mit jedem selbstbestimmten Verhalten wird in einen fremden Rechtskreis eingegriffen; zumindest findet eine Beeinflussung statt. Da das individuelle Handeln demnach nicht auf den eigenen Rechtskreis beschränkt bleibt, sondern andere Rechtsteilnehmer betroffen sind, entsteht Verantwortung.[339] Aus dieser Verantwortung erwächst im Falle der *Zurechnung* eine rechtliche Verpflichtung.[340] So ist etwa im Bereich der Rechtsgeschäftslehre der Erklärende für den Fall der Zurechenbarkeit an die Folgen der Erklärung gebunden. Diese Zurechnung setzt nach dem *BGH* und der insgesamt überwiegenden Aufassung voraus, dass der Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Erklärung oder sein Verhalten vom Empfänger nach Treu und Glauben und mit Rücksicht auf die Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte.[341] Die Zurechenbarkeit wird demzufolge zu einer Voraussetzung für die Übernahme bzw. Belastung von und mit Selbstverantwortung. Mit *Canaris* lässt sich auch von einem „*Zurechnungsprinzip*" sprechen, in dem sich der Gedanke der Selbstverantwortung konkretisiert.[342] Das Zurechnungsprinzip ergänzt und begrenzt die Selbstverantwortung. Dies verdeutlicht nicht nur das Vertrags-, sondern auch das

---

auch *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 153; 671; *Kling*, Sprachrisiken, S. 181 ff.; *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 35 ff.; *Hönn*, Jura 1984, 57 (60). So tragen etwa die §§ 116-124 BGB dem Umstand Rechnung, dass die Willenserklärung ein „*Akt zwischenmenschlicher sozialer Kommunikation*" ist, so *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 24 Rdnr. 31.

[337] Mit Bundespräsident *Gauck* bedeutet die Freiheit der Erwachsenen Verantwortung, vgl. FAZ v. 10.03.2012; ferner *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 77; vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 428; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 2 Rdnr. 25. Treffend hat *Hegel* dazu formuliert, dass der Verbrecher durch die Strafe als Vernünftiger geehrt werde, vgl. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, § 100. Durch die Zuweisung von Verantwortung wird die Würde des Menschen anerkannt, *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 2 Rdnr. 25; zum Ganzen *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 77.

[338] So überzeugend wiederum *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 77.

[339] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 440, mit dem Beispiel der Rechtsscheinhaftung; vgl. auch *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung, S. 78; *Kau*, Vertrauensschutzmechanismen, S. 49.

[340] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 165, unter Verweis auf das „*Gerechtigkeitsgebots des Gleichmaßes*"; *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb, S. 228 f.

[341] Sogenannte Erklärungsfahrlässigkeit; stellvertretend BGHZ 91, 324 = NJW 1984, 2279 (2280); BGHZ 152, 63 = NJW 2002, 3629 (3630); Urt. v. 16.09.2003 - XI ZR 74/02, Juris, Rdnr. 25; NJW-RR 2005, 639 (640); NJW 2007, 368 (369); BGHZ 184, 35 = NJW 2010, 861 (862); aus der Literatur pars pro toto *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 130; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 36 Rdnrn 25 f.

[342] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 469.

Haftungsrecht. Das Prinzip der Selbstverantwortung besagt nicht, dass der Schädiger für jedwedes schädigende Verhalten rechtlich einzustehen hat; allein der *schuldhaft* handelnde Schädiger trägt nach dem Zurechnungsprinzip eine rechtliche (Selbst-) Verantwortung. Damit wird das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip (als spezielle Ausprägung des Zurechnungsprinzips)[343] neben der Selbstbestimmung auch und vor allem durch das Prinzip der Selbstverantwortung legitimiert.[344] Die Selbstbestimmung zieht somit eine Selbstverantwortung nach sich; genauso ist aber Selbstverantwortung ohne Selbstbestimmung mangels Zurechnung nicht möglich.

bb. Selbstverantwortung und Haftungsgrund

In diesem Zusammenhang muss das Zurechnungsprinzip nun streng vom Haftungsgrund getrennt werden. *Canaris* hat beide Begriffe wie folgt beschrieben: „*Der Haftungsgrund gibt an, warum und unter welchen Voraussetzungen die Rechtsordnung die eine Partei schützt, und das Zurechnungsprinzip entscheidet, warum und unter welchen Voraussetzungen sie die andere Partei mit einer entsprechenden Pflicht belastet.*“[345] Diese im Grundsatz treffende Beschreibung muss für das Zusammenspiel der Rechtsprinzipien Selbstverantwortung und Vertrauensschutz im Rahmen des Vertragsrechts modifiziert werden. So stellt das Vertrauen des Erklärungsempfängers in diesen Fällen unter Umständen zwar auch einen Haftungsgrund dar (etwa im Rahmen von § 122 BGB);[346] zuallererst ist es aber ein vertraglicher *Erfüllungsgrund*. Dem Zu-

---

[343] *Canaris*, Systemdenken, S. 57; *ders.*, JZ 2001, 499 (506), sieht die Vorzüge des Verschuldensprinzips in Abgrenzung zum Garantieprinzip in der höheren rechtsethischen Überzeugungskraft und der größeren Flexibilität. Näher zum Verschuldensprinzip allgemein *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnrn 21 ff., und speziell für das neue Schuldrecht *ders.*, AcP 202 (2002), 889 (892 ff.). Zum (gestärkten) Einfluss des Verschuldensprinzips im (umstrittenen) Bereich der unberechtigten Schutzrechtsverwarnung BGH, NJW 2004, 3322; hierzu *Spickhoff*, LMK 2004, 230. Als Ausnahme vom Verschuldensprinzip ist allgemein die Gefährdungshaftung, hierzu erneut *Deutsch*, NJW 1992, 73 ff., im Medizinrecht besonders die Arzneimittelhaftung gemäß § 84 AMG zu beachten. Zu den Ausnahmen vom Verschuldensprinzip weiterführend § 3 B I 2.

[344] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 468; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 168.

[345] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 470. Hierzu auch näher *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung, S. 142 ff. Weiter zum Begriff des Haftungsgrundes *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 198, der darauf hinweist, dass das von *Canaris* favorisierte Zusammenspiel von Haftungsgrund und Zurechnungsprinzip ein enges Begriffsverständnis vom Haftungsgrund zu Tage fördert. Bei einem weiten und unbefangenen Verständnis hingegen käme man wohl zu dem Ergebnis, dass die Haftungsgründe die Gründe aufzählen, derentwegen ein bestimmter Anspruch entsteht. In diese Richtung etwa *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnrn. 1 ff. *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 198, stellt dabei gleichzeitig mit Recht fest, dass es angesichts der Ordnungs- und Illustrationsfunktion der Haftungsgründe kein „*richtiges*“ oder „*falsches*“ Begriffsverständnis gibt. Zu den (kumulierten) Haftungsgründen im Medizinrecht *Deutsch*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Einl. Rdnr. 50.

[346] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 470 f.

rechnungsprinzip steht somit im Rahmen des Haftungsrechts der Haftungsgrund, im Vertragsrecht hingegen der Erfüllungsgrund gegenüber. Eine besondere Position nimmt dabei die privatrechtliche Einwilligung ein. Sie ist – und daraus schöpft sie vor allem im Arztrecht ihre Bedeutungskraft – eine zentrale Ausprägung des Selbstbestimmungsrechts. Daher geht auch mit einer solchen Einwilligung die Übernahme von Verantwortung einher. Der Einwilligende, der dem Einwilligungsempfänger den Rechtsgutseingriff gestattet, nimmt die haftungsrechtliche Verantwortung auf sich. Er schließt demzufolge mit seiner wirksamen Einwilligung die Haftung des Schädigers (des Erklärungsempfängers) aus. Die dogmatische Einordnung der Einwilligung in die Kategorien Haftungsgrund und Zurechnungsprinzip gelingt hier nicht: Das Zurechnungsprinzip kommt hier schon deswegen nicht zur Anwendung, weil ein zuzurechnendes Bezugsobjekt fehlt: Der Unrechtstatbestand ist schließlich mit der Einwilligung entfallen. *Ohly* spricht daher bei der Einwilligung von einem „*Zurechnungsausschlussgrund*".[347] Dieser Begriff ist aber insoweit ungenau, als dass er genau die aufgedeckte Problematik des fehlenden Zurechnungsobjekts nicht erfasst.[348] Ein Zurechnungsausschluss setzt schließlich denknotwendigerweise voraus, dass grundsätzlich eine Zurechnung möglich ist. Das Zurechnungsobjekt wird indes durch den Haftungsgrund gebildet. Ungeachtet der dogmatischen Verankerung der Einwilligung im Privatrecht,[349] schließt die Einwilligung die Bildung des Unrechtstatbestandes als zuzurechnendes Bezugsobjekt aus. Mit der Einwilligung äußert der Einwilligende damit, dass er eines (haftungsrechtlichen) Schutzes durch die Rechtsordnung gerade nicht bedarf. Somit ist die Einwilligung auch kein (positiver) Haftungsgrund, sondern vice versa ein *negativer Haftungsgrund*.

cc. Selbstverantwortung und Vertragstreue

Die Selbstverantwortung wird neben dem Zurechnungsprinzip und dem Haftungsgrund ferner durch das Prinzip der Vertragstreue konkretisiert.[350] Mit dem Vertragsschluss geht jede Partei das Versprechen ein, ihren vertraglichen Pflichten nachzukommen. Der Erfüllungsanspruch ist rechtlich nur dann abgesichert, wenn die Vertragstreue die Pflicht zur Erbringung der zugesagten Leistung etabliert.[351] Dabei ist die Differenzierung wichtig, dass die Vertragstreue nicht allein die Vertragsbindung begrifflich umschließt; aus dem Grundsatz „*pacta sunt servanda*" ergibt

---

[347] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 77.

[348] Vielmehr stellt etwa die fehlende Schuldfähigkeit ein Zurechnungsausschlussgrund dar. In diesem Fall liegt mit dem verwirklichten Unrechtstatbestand ein Zurechnungsobjekt, ein Haftungsgrund, vor.

[349] Zu der dogmatischen Einordnung der Eingriffseinwilligung näher § 4 C I 2.

[350] Instruktiv dazu *Weller*, Vertragstreue, passim; ferner *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 164; ferner auch *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 246 f., m.w.N.

[351] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 175.

sich vielmehr auch eine „*Vertragsdurchführungspflicht*" im Sinne einer Vertragserfüllung.[352] Ein solcher Naturalerfüllungsgrundsatz ist die Konsequenz aus Privatautonomie, Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.[353] Im Gegensatz zu der Pekuniarerfüllung[354] spiegelt die Naturalerfüllung den privatautonom vereinbarten Leistungskatalog exakt wider, sodass die Naturalerfüllung mit der Privatautonomie harmoniert.[355] Entscheidend für das Arztrecht insgesamt und die hier bearbeitete Problematik im Speziellen ist jedoch, dass bei nicht vertretbaren Leistungen die Verwendungsinteressen des Sachleistungsgläubigers, etwa die (zeitnahe) Behandlung durch einen bestimmten Arzt, allein durch die Naturalerfüllung befriedigt werden können.[356] Ist der schwerkranke Patient auf die Behandlung durch den Arzt bzw. durch das Krankenhaus angewiesen, werden dessen Verwendungsinteressen in der Regel durch eine Pekuniarerfüllung nicht befriedigt. Es wird deutlich: Die Vertragstreue beinhaltet neben der Konkretisierung der Selbstverantwortung auch ein gewichtiges moralisches Moment, die Bindung an das gegebene Wort.[357]
Zusammenfassend ist die Selbstverantwortung ein notwendiges ethisches und rechtliches Korrelat der Privatautonomie. Gleichzeitig wird sie wiederum durch das Zurechnungsprinzip ergänzt und begrenzt. Zudem erfährt die Selbstverantwortung eine Konkretisierung durch die Vertragstreue. Die Privatautonomie als Rechtsprinzip ist Ausdruck von Selbstbestimmung und damit einhergehender Selbstverantwortung zugleich.

---

[352] So *Bitter/Rauhut*, JZ 2007, 964 (965); ferner BGHZ, 136, 161 = NJW 1997, 2875 (2877); NJW 2005, 1784 (1788); *S. Lorenz*, NJW 2006, 1175; *Lehmann*, JZ 2007, 525 (526); *Weller*, Vertragstreue, S. 42 f., m.w.N.

[353] *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 29; *Canaris*, in: 50 Jahre BGH, S. 129 (147 ff.); *Weller*, NZG 2010, 7 (9); *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 160; *U. Huber*, Leistungsstörungen, S. 45 ff.; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 53. Laut BAGE 6, 321 = DB 1959, 143, gehören Vertragsfreiheit und Vertragstreue „*zu den Grundlagen des freiheitlichen und sozialen Rechtsstaates*".

[354] Zum im klassischen römischen Recht geltenden Grundsatz „*condemnatio pecuniaria*" *Harke*, AcP 205 (2005), 67 (71).

[355] BT-Drs. 14/6040, S. 221 (Der Käufer „*erhält, was er vertraglich zu beanspruchen hat*"); näher wiederum *Weller*, Vertragstreue, S. 324, m.w.N.

[356] *Weller*, Vertragstreue, S. 326, *Gsell*, JZ 2004, 110; *U. Huber*, in: FS Schlechtriem, S. 521 (557). *Zweigert/Kötz*, Rechtsvergleichung, S. 468. Sämtlichen kontinentalen Rechtsordnungen ist bei den nicht vertretbaren Leistungen die Einschränkung der Naturalerfüllung gemein. Das Problem wird dann regelmäßig in den Bereich der Zwangsvollstreckung verlagert, vgl. hierzu die Übersicht von *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 566 Fn. 30, m.w.N. Im deutschen Zwangsvollstreckungsrecht gilt insoweit § 888 ZPO. Bei den sogenannten Mitwirkungspflichten der Patienten handelt es sich hingegen um bloße Naturalobligationen bzw. Obliegenheiten, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 124, die sich schon der Titulierung im Erkenntnisverfahren entziehen, vgl. *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 127 f.

[357] Vgl. auch *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2695); zu Moral und Ethik, Treue und Billigkeit als Quellen der Vertragstreue instruktiv *Weller*, Vertragstreue, S. 318 ff.

c. Subjektive Äquivalenz

Die Privatautonomie ist neben den Elementen der Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ferner durch die sogenannte subjektive Äquivalenz geprägt. Danach ergeben sich die vertraglichen Pflichten, insbesondere über den Leistungsaustausch zu bestimmten Vertragsbedingungen, grundsätzlich aus den privatautonom getroffenen Entscheidungen der Vertragspartner. Dies verdeutlicht sich am sogenannten Vorrang der Nacherfüllung:[358] Gemäß §§ 281 Abs. 1 S. 1, 323 Abs. 1 BGB kann der Gläubiger grundsätzlich erst dann Schadensersatz statt der Leistung verlangen bzw. vom Vertrag erfolgreich zurücktreten, wenn er dem Schuldner erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung bestimmt hat. Das teleologische Fundament dieses Primats der Nacherfüllung liegt neben der Vertragstreue auch und vor allem in der subjektiven Äquivalenz.[359] Danach wird der Gläubiger zunächst an dem privatautonom vereinbarten Leistungsaustausch festgehalten. Damit geht es bei der subjektiven Äquivalenz im Wesentlichen um die Aufrechterhaltung der privatautonom eingegangenen, synallagmatischen Pflichten.[360] *Hager* charakterisiert diesbezüglich treffend das Äquivalenzprinzip als „*verbindendes Glied zwischen Synallagma und Privatautonomie*".[361] Im Synallagma wird danach die von den Parteien privatautonom vereinbarte Äquivalenz anerkannt.[362] Damit sind es mit *Schmidt-Rimpler* die Privatrechtssubjekte (und nicht etwa die Rechtsordnung und damit der Gesetzgeber), welche die Richtigkeitsgewähr des Vertrages hervorrufen können.[363] Ein Leistungsaustauch in vollkommener Gerechtigkeit kann

---

[358] Zum (modifizierten) Vorrang der Nacherfüllung beim Behandlungsvertrag eingehend *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 ff.

[359] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 182; *Canaris*, JZ 2001, 499 (522).

[360] Nach BGHZ 114, 193 = NJW 1991, 2277 (2278); BGHZ 167, 108 = NJW 2006, 1582 (1584); NJW 2009, 1870 (1871); NJW 2010, 675 (676), wird daher aufgrund des Geschäftswillens (und damit der Privatautonomie) im synallagmatischen Austauschverhältnis die Gleichwertigkeit von Leistung und Gegenleistung vermutet; vgl. ferner hierzu BGHZ 71, 234 = NJW 1978, 1805 (1806); BGHZ 77, 359 = NJW 1980, 2304 (2305); WM 1982, 1387 ff.; NJW 2011, 1729 (1730). Missverständlich insoweit Staudinger/*Olzen*, BGB, Vorb. zu §§ 241 ff. Rdnr. 70, wenn er das Äquivalenzprinzip begrifflich weiter als das Synallagma fasst, da die angeführten objektiven Kriterien gerade als sogenannte objektive Äquivalenz begrifflich strikt von der subjektiven Äquivalenz zu trennen sind, näher § 3 A I 2 c.

[361] *Hager*, in: Schlechtriem/Leser, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 26.

[362] *Gernhuber*, in: FS Raiser, S. 57 (62) Fn. 7; *Hager*, in: Schlechtriem/Leser, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht, S. 26 Fn. 2.

[363] Grundlegend *Schmidt-Rimpler*, AcP 147 (1941), 130 ff. Treffender ist es freilich von einer Richtigkeitstendenz, Richtigkeitschance oder Richtigkeitswahrscheinlichkeit zu sprechen. Die Missverständlichkeit hat später auch *Schmidt-Rimpler*, in: FS Raiser, S. 1 (11 f.), eingestanden; zu alldem ausführlich vor allem *Kling*, Sprachrisiken, S. 196 ff., mit dem berechtigten Hinweis, dass es bei den Thesen *Schmidt-Rimplers* vor allem um die Zurückdrängung hoheitlicher Eingriffe bei der Verwirklichung eines möglichst weitgehenden Interessensausgleich zwischen den Privatrechtssubjekten geht. Ferner dazu *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 190 f.; Wiebe, *Elektronische Willenserklärung*, S. 41 f.; *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 36 ff.; *Kleinschmidt*, Verzicht im Schuldrecht, S. 33 f.; *Canaris*, in: FS Lerche, S. 873 ff.; *Czupka*, Dispositives Vertragsrecht, S. 93 ff.

nicht erreicht werden und wird daher nicht mehr angestrebt.[364] Allein die subjektive Äquivalenz bildet – bildlich gesprochen – die höchstmögliche Stufe auf der Leiter zum Richtigen, der Gerechtigkeitsidee am ehesten entsprechenden Recht.

d. Zusammenfassung

Das in den Verfassungsrang erhobene Rechtsprinzip der (formalen) Privatautonomie ist im allgemeinen Vertragsrecht im Wesentlichen durch die Troika Selbstbestimmung, Selbstverantwortung und subjektive Äquivalenz charakterisiert.[365] Mit der Privatautonomie im Sinne einer Selbstbestimmung durch rechtliche Selbstgestaltung geht eine Selbstverantwortung einher, die durch das Zurechnungsprinzip, den Haftungsgrund und die Vertragstreue näher konkretisiert wird. Die subjektive Äquivalenz zieht zugleich ihre Autorität als Richtigkeitsgewähr bzw. Richtigkeitschance aus ihrer Basis, der Privatautonomie.

2. Materiale Privatautonomie

a. Wandel von der formalen zur materialen Privatautonomie: die Etablierung der Schutzpflichten

Die soeben dargestellte Privatautonomie entspricht dem klassischen, formalen Verständnis. Danach liegt ein selbstbestimmtes Handeln grundsätzlich dann vor, wenn die Erklärung nicht auf einem Defekt, etwa fehlender Geschäftsfähigkeit, oder einem Willensmangel, beispielsweise Irrtum, Täuschung oder Drohung, fußt.[366] In diesen Fällen begrenzt schon das Zurechnungsprinzip die mit dem privatautonomen Handeln einhergehende Selbstverantwortung.[367] Kurz gesagt: Ein formales Privatautonomieverständnis bildet die Grundvoraussetzung für jedes privatautonome Handeln. Insbesondere seit den 1990er Jahren ist allerdings dieses

(„*Richtigkeitsgewähr als Oszillation zwischen autonomen und heteronomen Elementen*"); *Auer*, Materialisierung, S. 36 ff. Die Richtigkeitsgewähr wurde und wird in der Literatur in vielfachen Schattierungen beleuchtet: zu der Richtigkeitsgewähr im Rahmen der Inhaltskontrolle von Verträgen *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1 (14 ff.); bei den notariell beurkundeten Verträgen *Habersack*, AcP 189 (1989), 403 (406 ff.).

364 *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (286); *Kling*, Sprachrisiken, S. 203.

365 Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 156 f.

366 *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 558; *Kling*, Sprachrisiken, S. 186; in diesem Sinne auch *Wagner*, Prozessverträge, S. 126; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter, S. 75. Zur Differenzierung zwischen formaler Privatautonomie und formaler Vertragsfreiheit näher *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 294.

367 Vgl. § 3 A I 1 b aa.

(formale) Verständnis der Privatautonomie vor allem[368] infolge einer umfassenden Rechtsprechung des *BVerfG*[369] einem Wandlungsprozess unterzogen. Das Verfassungsgericht betont, dass bei einem formalen Verständnis von Privatautonomie und Vertragsfreiheit nicht stehen geblieben werden dürfe.[370] Vielmehr wird – unter Hinweis auf *Wieacker* – die „*materiale Ethik sozialer Verantwortung*" herausgestrichen.[371] Nach diesem materialen Privatautonomieverständnis muss das einzelne Privatrechtssubjekt nicht nur theoretisch, sondern auch tatsächlich frei und damit selbstbestimmt entscheiden können.[372] Habe einer der Vertragsteile ein so starkes Übergewicht, dass er vertragliche Regelungen faktisch einseitig setzen könne, bewirke dies für den anderen Vertragsteil Fremdbestimmung.[373] Der

[368] Neben der Rechtsprechung fungiert insbesondere das Europarecht als Katalysator einer zunehmenden Materialisierung, vgl. auch *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie?, S. 14 f.; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 280 ff.; *Wernsmann*, JZ 2005, 224 ff.; *Di Fabio*, DNotZ 2006, 342 (349). Zum Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht eingehend *Rösler*, RabelsZ 2009, 889 ff.; dabei die Rolle der Privatautonomie in einem (geplanten) Europäischen Zivilgesetzbuch näher beleuchtend *Richter*, AcP 206 (2006), 3 ff. Kritisch zum Einfluss der Schuldrechtsmodernisierung auf die Privatautonomie *Picker*, JZ 2003, 1035 ff.

[369] Mit *Voßkuhle*, JZ 2009, 917 (921), „*findet Freiheitsschutz seit dem Lüth-Urteil nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch durch den Staat statt.*" Einen zentralen Fall der mittelbaren Drittwirkung, des Freiheitsschutzes durch den Staat stellen dabei die bereits angesprochenen Schutzpflichten dar, vgl. *Herdegen*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 1 Abs. 3 Rdnrn. 64 f.; ferner *Canaris*, JuS 1989, 161 (163). Zum daraus erwachsenen materialen Verständnis der Privatautonomie BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (1470); BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38); NJW 1994, 2749 (2750); NJW 1996, 2021; BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (958); BVerfGE 114, 1 = NJW 2005, 2363 (2366); NJW 2006, 596 (598); VersR 2006, 961; NJW 2011, 1339 (1340).

[370] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

[371] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

[372] Vgl. BVerfGE 89, 214 = BVerfG, NJW 1994, 36 (38); stellvertretend ferner *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 558; *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz, passim; *Kling*, Sprachrisiken, S. 186; *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 753 f.; *Wagner*, Prozessverträge, S. 93 ff.; *Cremer*, Freiheitsgrundrechte, S. 487 ff.; *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 104; *Busch*, Informationspflichten, S. 162; *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 498 f.; zum Begriff der Materialisierung instruktiv *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 ff.

[373] BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (1470); BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38); NJW 1994, 2749 (2750); NJW 1996, 2021; BVerfGE 103, 89 = NJW 2001, 957 (958); BVerfGE 114, 1 = NJW 2005, 2363 (2366); NJW 2006, 596 (598); VersR 2006, 961; NJW 2011, 1339 (1340). *Riesenhuber*, Europäisches Vertragsrecht, S. 176 f., stellt dabei zu Recht klar, dass die Privatautonomie nicht durch eine Fremdbestimmung im Sinne einer „S*ozialautonomie*", hierzu *E. Schmidt*, JZ 1980, 153 (155 ff.), mit Recht dazu krit. *Reuter*, AcP 189 (1989), 199 (205 ff.), ersetzt werden soll, da man als provokante Gegenfrage stellen könnte: Ist die Privatautonomie an sich etwa unsozial? Im Ausgangspunkt bleibt der autonome Wille des Privatrechtssubjekts entscheidend. Ferner zum Wandel von Selbst- zur Fremdbestimmung *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 295; *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter, S. 101. Lehrreich zum bereits im römischen Recht existierenden Bestreben, eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit zu gewährleisten *Chiusi*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht, S. 3 ff.; bezüglich des Einflusses der Mitbestimmung im Arbeitsrecht auf die Privatautonomie des Einzelnen (mit der Gefahr der Fremdbestimmung) *Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie, S. 26, m.w.N.

staatliche Schutz des strukturell Unterlegenen müsse nicht zwangsläufig durch die Kreation zwingenden Vertragsrechts für bestimmte Bereiche erfolgen; vielmehr böten die Generalklauseln §§ 138, 242, 315 BGB die Möglichkeit für die Judikative zur Konkretisierung und Anwendung der Grundrechte.[374] Der Schutzauftrag der Verfassung richte sich an den Richter, der den objektiven Grundentscheidungen der Grundrechte in den Fällen gestörter Vertragsparität mit den Mitteln des Zivilrechts Geltung zu verschaffen habe.[375] Diese Rechtsprechung hat das *BVerfG* kontinuierlich weiter konkretisiert. Insbesondere wird die Problematik der Rechtssicherheit bei der potentiellen „*Gefahr*" einer nachträglichen Korrektur eines geschlossenen Vertrages wegen eines (vermeintlichen) Verhandlungsungleichgewichts gesehen und betont.[376] Das Auslösen einer staatlichen Schutzpflicht setze eine „*typisierbare Fallgestaltung, die eine strukturelle Unterlegenheit des einen Vertragsteils erkennen lässt*", voraus.[377]

Dieser skizzierte Wandel des (formalen) Privatautonomieverständnisses wurde von hochrangigen Literaturvertretern in erster Linie im Hinblick auf die Terminologie des „*strukturellen Ungleichgewichts*" kritisiert.[378] Pointiert hat allen voran *Medicus* die Rechtsprechungskritik zusammengefasst:[379] Danach werde es erstens eine wirkliche Gleichheit zwischen zwei Verhandlungspartnern kaum je geben. Zudem sei insbesondere das Abstellen auf Erheblichkeitsschwellen bedenklich, da auf

---

[374] BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (1470), m.w.N.

[375] BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (1470); näher hierzu *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 232; zu den Auswirkungen dieses Schutzauftrags auf die Durchführung der ordre-public-Kontrolle *Weller*, ordre-public-Kontrolle, S. 311; rechtsvergleichend lehrreich überdies *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 236 ff. Die Rechtsprechung unterliegt dabei einem vom Verfassungsgericht überprüfbaren Untermaßverbot, so zu Recht die Zusammenfassung von *Röthel*, Normkonkretisierung, S. 115 f. Zum (weiten) Spielraum der Rechtsprechung bei der Beachtung der Schutzpflichten *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 63 f., unter Verweis auf BVerfGE 96, 56 = NJW 1997, 1769.

[376] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

[377] BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

[378] *Diederichsen*, AcP 198 (1998), 171 (250) („*Schon jetzt ist absehbar, dass auf der Suche nach dem Kräftegleichgewicht der Vertragsparteien eine Flut von Leitsätzen die Bürger um große Teile ihrer Vertragsfreiheit bringen wird.*"); *Rittner*, AcP 188 (1988), 101 (127) („*Die Macht schließlich kann man nicht messen*"); *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 49 Fn. 147 („*Nicht überzeugend ist die Konzeption des Bundesverfassungsgerichts freilich insofern, als es in diesem Zusammenhang dem Kriterium eines „strukturellen Ungleichgewichts" zwischen den Vertragsparteien eine zentrale Rolle zuerkennt*"); *Wackerbarth*, AcP 200 (2000), 45 (54); *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie?, S. 23 (Man komme nur zu sehr „*unbestimmten Wertungen*"); *Zöllner*, AcP 196 (1996), 1 (35); *Becker*, Der unfaire Vertrag, S. 18 („ *Allenfalls lässt sich sagen, dass die Imparität Indiz für einen Kontrollbedarf ist*"); krit. zum „*strukturellen Ungleichgewicht*" als Auslöser einer Verhältnismäßigkeitskontrolle zudem *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 21; die Terminologie jedoch in Bezug auf die Schutzbestimmungen im Arbeitsrecht verteidigend *Singer*, in: Neuner, Grundrechte und Privatrecht, S. 245 (249 f.); auf das „*strukturelle Ungleichgewicht*" stellt im Ergebnis auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 253, ab; vgl. insgesamt den Überblick bei *Auer*, Materialisierung, S. 31 Fn. 67.

[379] *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie?, S. 23.

diese Weise mit unbestimmten Kriterien operiert werde, die den Bestand von Vereinbarungen und damit die Rechtssicherheit in Frage stelle. Schließlich komme man nur zu sehr unbestimmten Wertungen, wenn man berücksichtigen wolle, ob ein Übergewicht etwa „*verdient*" und daher nicht korrekturwürdig sei. In der Tat – insoweit ist der Kritik vollumfänglich beizupflichten – ist ein Abstellen auf ein Machtungleichgewicht missverständlich bzw. systemfremd. So ist das auf dem Gedanken des Liberalismus begründete BGB im Grundsatz von einem optimistischen Glauben an die eigene Ausgleichswirkung getragen, unabhängig von einem wie auch immer gearteten Gleichgewicht der Vertragsparteien.[380] Privatautonomes Handeln bedeutet, wie dargelegt, neben Selbstbestimmung eben auch Selbstverantwortung, sodass mit einem Vertragsschluss seit jeher auch nachteilige Rechtsgeschäfte verbunden sein können, ja müssen.[381] Der Gesetzgeber hat vor allem mit den §§ 138, 826 BGB Grenzen für den hoheitlichen Eingriff in autonome Vereinbarungen gesetzt, außerhalb dessen Eingriffe in die Privatautonomie nur innerhalb des Verhältnismäßigkeitsprinzips möglich sind.[382] Es gilt: „*Ius vigilantibus scriptum*".

Problematisch ist vor diesem Hintergrund nicht etwa der Kritikinhalt, sondern vielmehr das Kritikobjekt. So ist in dem „*Getöse*"[383] um die (unglückliche) Formel des „*strukturellen Ungleichgewichts*" die entscheidende Aussage des *BVerfG* oftmals unbeachtet geblieben: Der eigentliche Nukleus der beschriebenen Rechtsprechung liegt in der Erkenntnis, dass die „*– verfassungsrechtlich gewährleistete – Privatautonomie nicht nur formal, sondern auch material zu verstehen ist*".[384] Sie beruht demnach auf dem Prinzip der Selbstbestimmung, setzt also voraus, dass die Bedingungen freier Selbstbestimmung tatsächlich gegeben sind.[385] Vor allem mit § 138 Abs. 2 BGB liegt eine Norm mit „*Modellcharakter*" vor, die „*wichtige Ansätze zu einer Materialisierung des Vertragsrechts*" bereithält.[386] Dort werden typische Konstellationen aufge-

---

[380] MünchKomm/*Busche*, BGB, Vorb. zu §§ 145 ff. Rdnr. 2; vgl. auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 188.

[381] *Medicus*, Allgemeiner Teil, S. 224, sieht diesbezüglich in der sogenannten partiellen Geschäftsfähigkeit „*eine Art zivilrechtlichen Gnadenerweis für Menschen, denen eine bestimmte Situation über den Kopf gewachsen ist*". Zu der Bedeutung der partiellen Geschäftsfähigkeit im Medizinrecht *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 105a BGB Rdnr. 6, m.w.N.

[382] Die Eingriffsnormen in die allgemeine Handlungsfreiheit und konkret in die Privatautonomie müssen sich formell und materiell mit dem Grundgesetz im Einklang befinden und vor allem dem Verhältnismäßigkeitsprinzip genügen, vgl. stellvertretend BVerfG NJW 1998, 3109 (3110); *Steiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 1; hierzu ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 188, *Neuner*, JuS 2007, 881 (887 f.).

[383] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (296).

[384] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 49; vgl. auch *ders.* AcP 200 (2000), 273 (296). Er kritisiert damit auf der einen Seite die Terminologie des Verfassungsgerichts, um auf der anderen Seite dem Gericht inhaltlich beizupflichten bzw. dessen zentrale Aussage zu präzisieren.

[385] BVerfGE 81, 242 = NJW 1990, 1469 (1470).

[386] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (280 f.); ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 195 f.; *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz, S. 20 f.; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 140 Fn. 58; laut *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 42, habe der historische Gesetzgeber des BGB die Gerech-

zählt, in denen eine bloß formale, jedoch keine tatsächliche Selbstbestimmung gegeben ist.[387] Es lässt sich demnach der Privatrechtsordnung entnehmen, dass sich der Begriff der Selbstbestimmung mit dem der materiellen Freiheit deckt.[388] Die Materialisierung der Privatautonomie ist damit kein systemfremdes, sondern vielmehr ein dem liberalen Grundgedanken des BGB entsprechendes bzw. es erst gewährleistendes Phänomen.[389] Neben dieser induktiven Verankerung lässt sich auch deduktiv aus dem Gerechtigkeitsprinzip des *volenti non fit iniuria*, also aus der Rechtsidee, das materiale Verständnis der Privatautonomie ableiten.[390] Legt man nun dieses Verständnis des in den Verfassungsrang erhobenen Rechtsprinzips der Privatautonomie zu Grunde, muss eine Vertragspartei unter bestimmten Voraussetzungen vor der Bindung durch einen für sie nachteiligen oder unter Umständen sogar gefährlichen Vertrag geschützt werden, vorausgesetzt, sie war bei dessen Abschluss in ihrer faktischen Möglichkeit zu privatautonomer Selbstbestimmung erheblich beeinträchtigt.[391] Für die Voraussetzungen der Entstehung einer verfassungsrechtlichen Schutzpflicht kann auf die insoweit eindeutige Verfassungsdogmatik zurückgegriffen werden.[392] Die im Privatrecht kollidierenden Grundrechtspositionen sind in ihrer Wechselwirkung zu sehen und zu begrenzen, sodass sie für alle Beteiligten weitgehend wirksam werden.[393] Kurzum: Es stellt sich das Erfordernis einer praktischen Konkordanz.[394] *Canaris* hat in Anlehnung an das bewegliche System im Sinne *Wilburgs* folgende, in diesem Rahmen bereits für das Zusammenspiel der Rechtsprinzipien modifizierte Formel für die Entstehung der Schutzpflichten formuliert: „*Je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist, desto eher ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zu bejahen*.“[395] Im Wege dieser praktischen Konkordanz werden unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit des

---

tigkeitsbindung des Vertrages in § 138 Abs. 2 BGB (rudimentär) anerkannt. Dazu sowie zu den materialen Maßstäben des *economic duress* sowie des *contracts of adhesion* im amerikanischen Recht *Auer*, Materialisierung, S. 26 f., m.w.N. Sie sieht dabei in diesen materialen Gerechtigkeitsstrukturen und dem formalen Gerechtigkeitsanspruch einen unauflösbaren Wertungsgegensatz.

387 Vgl. BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (39).

388 Vgl. hierzu *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 7 ff.

389 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 49; *Singer*, JZ 1995, 1133 (1137 f.). Zu dem (maßgeblichen) Einfluss der Theorie des Relationalvertrages auf die materiale Prägung des liberalen BGB *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag, S. 121 ff.; rechtsvergleichend ferner *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung, S. 237 f., m.w.N.

390 Vgl. Canaris, AcP 200 (2000), 273 (284); ferner *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 63; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 9, *Riesenhuber*, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, S. 19 (21) Fn. 5.

391 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 49; vgl. auch *ders.* AcP 200 (2000), 273 (296).

392 Vgl. wiederum *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (299 f.).

393 BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

394 BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (38).

395 *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 80.

(überlegenen) Vertragspartners und der zu gewährleistenden Rechtssicherheit eine materiale Privatautonomie und damit eine Richtigkeitschance des Vertrages ausgleichend gewährleistet.[396] Stehen sich im Vertragsrecht die jeweils betroffene Privatautonomie als gleichwertige Grundrechte gegenüber, muss vor allem auf die Intensität des Eingriffs abgestellt werden. Allerdings können speziell im Arztrecht neben der Privatautonomie weitere Rechtsgüter betroffen sein – man denke nur an die zentralen Ausprägungen Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit dieser Lebensgüter gehört zu den elementarsten Rechten eines Privatrechtssubjekts und bedarf im Lichte der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten eines besonderen Schutzes auch gegenüber privatautonomer Selbstbeschränkung.[397] In diesen Fällen wird ein Abwägungsvorrang des Schutzinteresses der Patienten bzw. des in seinem engeren Persönlichkeitsrecht Betroffenen die Regel sein.[398] Gleichzeitig – und darin liegt eine zweite maßgebliche Konkretisierung dieser Abwägungsformel – werden die Vertragsparteien nicht von ihrer Selbstverantwortung entbunden, nach einer größtmöglichen Verhandlungsstärke zu streben. Hat sich die eine Seite über besondere Kosten und Mühen einen Informationsvorsprung erarbeitet, soll dies schließlich nicht bestraft, sondern vielmehr in einer marktwirtschaftlichen Wirtschaftsordnung honoriert werden.[399] Ist ein effizienter Selbstschutz im Sinne einer umfassenden Eigeninformation möglich, greifen die Schutzpflichten im Sinne der materialen Privatautonomie grundsätzlich nicht.[400]

b. Informationsprinzip

aa. Subsidiarität der Fremdinformation

Diese letzte Erkenntnis leitet über zu einer ersten wesentlichen Ausprägung des materialen Privatautonomieverständnisses: dem Informationsprinzip. Es gebietet schon das Prinzip der Selbstverantwortung, dass sich nach dem formalen Ver-

---

[396] Vgl. auch *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 279; *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung, S. 269; *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte, S. 185; *Ruffert*, Vorrang der Verfassung, S. 148; *Sandmann*, Haftung von Arbeitnehmern, S. 90; *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 325.

[397] Vgl. *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (233); zur Relativierung der Wirkungen des Privatautonomieprinzips im Bereich der Persönlichkeitsrechte (Leben, Gesundheit, Personenwürde) ferner *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 160 f.; eingehend zudem *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 270; *Leistner*, Richtiger Vertrag, S. 293 Fn. 23; *Seiler*, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten, S. 137; *Klein*, NJW 1989, 1633; *Kingreen/Pieroth*, NVwZ 2006, 1221 (1222); konkret zur (eingeschränkten) Privatautonomie im Alter *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter, S. 35.

[398] Vgl. *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (355); *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2697).

[399] So zu Recht *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie?, S. 21 f.

[400] Insoweit systemkonform jüngst BGH, NJW-RR 2011, 1661; hierzu näher *Ballhausen*, LMK 2011 326139.

ständnis der Privatautonomie grundsätzlich jedes Privatrechtssubjekt die für den Vertragsschluss relevanten Informationen selbstständig beschaffen muss.[401] Einen Grundsatz *in dubio pro informatione* kennt die Privatrechtsordnung genauso wenig wie ein allgemeines Verbraucherschutzdogma.[402] Dem Privatrecht lässt sich ein rechtsökonomischer *cheapest cost avoider* Ansatz gerade nicht entnehmen, wonach der besser informierte Unternehmer den schlechter informierten Verbraucher umfassend aufzuklären hat.[403] Gleichwohl muss im Sinne der materialen Seite der Privatautonomie die tatsächliche Entscheidungsfreiheit berücksichtigt werden. Zu weitgehend ist die Forderung nach einem Ausgleich im Vertragsrecht von Bildungs- bzw. Sozialisationsnachteilen.[404] Dies würde im Vertragsrecht zu einer ausufernden Informationspflicht der anderen, überlegenen Seite führen mit im Einzelfall daraus resultierenden Schadensersatzansprüchen aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.[405] Eine generelle Informationspflicht seitens der strukturell überlegenen Partei ist somit abzulehnen. So wie das Zurechnungsprinzip die Voraussetzung der Selbstverantwortung bildet,[406] wohnt dem selbstverantwortlichen Handeln gleichzeitig die *Subsidiarität der Aufklärungspflicht* inne. Ein selbstbestimmtes und eigenverantwortliches Handeln setzt voraus, dass vorrangig eine Eigeninformation des Privatrechtssubjekts stattfindet. Dies hat der *BGH* jüngst einmal mehr bestätigt.[407] So bestehen etwa vorvertragliche Aufklärungspflichten nur ausnahmsweise unter bestimmten Voraussetzungen.[408] Eine systematische Ausnahmevorschrift stellt insoweit § 491a Abs. 3 S. 1 BGB dar. Danach ist der

---

[401] Vgl. nur *Kling*, Sprachrisiken, S. 213; Staudinger/*Singer*, BGB, § 123 Rdnrn. 10 ff.; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 573 ff.; *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 747 f.; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 300; 561; *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 21 ff.; *Busche*, Privatautonomie, S. 94 f. Näher zu den (richterlichen) Aufklärungspflichten im Zivilprozess und mit Grund gegen einen „*sozialen Zivilprozess*" *Spickhoff*, Richterliche Aufklärungspflicht, S. 41 ff. et passim.

[402] *Kling*, Sprachrisiken, S. 214, überzeugend u.a. mit dem Verweis auf die Rechtsfigur des aufgeklärten Verbrauchers. Der *EuGH* stellt auf den durchschnittlich informierten, aufmerksamen und verständigen Durchschnittsverbraucher ab, vgl. EuGHE 2002, I-9375 (Linharft und Biffl). Dieses Verbraucherleitbild ist im Medizinrecht vor allem im Wettbewerbsrecht, konkret im Heilmittelwerberecht, von Bedeutung, näher *Mand*, JZ 2010, 337 (339).

[403] *Kling*, Sprachrisiken, S. 214 f.; näher der Begründer dieser Argumentationsfigur *Calabresi*, The Costs of Accidents, S. 136 ff.; ferner *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 149 ff.; *v. d. Bergh/Lehmann*, GRUR Int. 1992, 588 (595); *Mankowski*, Beseitigungsrechte, S. 399; für das Schadensrecht *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse, S. 226 f.; krit. MünchKomm/*Oetker*, BGB, § 249 Rdnr. 13.; *Armbrüster*, NJW 2009, 187 (188).

[404] So aber etwa *Jancke*, Sprachrisiko, S. 145 f.; *Biedenkopf*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung, S. 109; auf den Verbraucher als intellektuell gleichwertigen Partner des Unternehmens rekurriert ferner *Säcker*, WRP 2004, 1199 (1217); krit. hierzu aber *Kling*, Sprachrisiken, S. 186 ff.

[405] So mit Recht *Kling*, Sprachrisiken, S. 187 f.

[406] § 3 A I 1 b aa.

[407] BGH, NJW 2010, 3362: „*Die Aufklärung […] kann der Vertragspartner redlicherweise aber nur verlangen, wenn er im Rahmen seiner Eigenverantwortung nicht gehalten ist, sich selbst über diese Tatsache zu informieren.*"

[408] Vgl. nur Staudinger/*Olzen*, § 241 BGB Rdnrn. 432 ff.

Darlehensgeber verpflichtet, dem Darlehensnehmer vor Abschluss eines Verbraucherdarlehensvertrages angemessene Erläuterungen zu geben, damit der Darlehensnehmer in die Lage versetzt wird, zu beurteilen, ob der Vertrag dem von ihm verfolgten Zweck und seinen Vermögensverhältnissen gerecht wird. [409] Diese Regelung ist insofern bedeutsam, als dass sie im Widerspruch zu der bisherigen Rechtsprechung des *BGH* steht: Danach war es bislang „*Sache des Bewerbers, selbst darüber zu befinden, welche der in Betracht kommenden Gestaltungsformen seinen wirtschaftlichen Verhältnissen am besten entspricht.*“[410] Nur in bestimmten Ausnahmefällen – bei Bestehen einer vorvertraglichen Informationspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB – war eine Unterrichtung des Verbrauchers erforderlich.[411] Diese Ausnahme wurde durch § 491a BGB zur Regel.[412] Die Subsidiarität der Fremdinformation als systemimmanenter Ausdruck der individuellen Selbstverantwortung wird an dieser Stelle durchbrochen.

Für die System- und Prinzipienbildung kann zusammenfassend weder auf die alleinige Fremdinformation noch auf die alleinige Eigeninformation abgestellt werden. Einen angemessenen Mittelweg zwischen Eigen- und Fremdinformation beschreitet die Privatrechtsordnung mit den vorvertraglichen und vertraglichen Informationspflichten. *Bydlinski* sieht in der Zusammenschau dieser vorvertraglichen und vertraglichen Aufklärungs-, Belehrungs- und Informationspflichten ein selbstständiges Rechtsprinzip: „*Im geschäftlichen Kontakt ist bei starkem (konkretem oder typischem) Informationsgefälle der besser informierte Partner verpflichtet, den anderen, insbesondere einen Verbraucher, im zumutbaren Ausmaß über die für diesen wesentlichen Umstände zu informieren; wo Informationspflichten nicht ausreichen, sind weitere rechtliche Maßnahmen erforderlich, die die Auswirkungen des Gefälles mildern.*“[413] Dieses sogenannte Informationsprinzip macht zwei Punkte deutlich: Zum einen bleibt es im Sinne der Subsidiarität der Fremdinformation im Grundsatz die Aufgabe des einzelnen Privatrechtsteilnehmers, die für ihn relevant erscheinenden Informationen zu beschaffen. Die Informationspflichten der Gegenseite sind auf enge Sachverhalte beschränkt.[414] Zum anderen erkennt es damit gleichzeitig die Notwendigkeit einer Fremdinformation für eine tatsächliche Entscheidungsfreiheit an. Der Informationsgrundsatz ergänzt auf diese Weise gleichsam einer *Hilfe zur Selbsthilfe* die formale Privatautonomie.

---

[409] Diese Pflicht ist bislang im deutschen Recht einmalig; allerdings ließ sie sich schon vorher als vertragliche Nebenpflicht aus § 241 Abs. 2 BGB herleiten, vgl. BT-Drs. 16/11643, S. 78. Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 491a Rdnr. 4.

[410] BGH, NJW 1989, 1667 (1667 f.).

[411] Zu den einzelnen Voraussetzungen näher *Heße/Niederhofer*, MDR 2010, 968 (970 ff.).

[412] *Heße/Niederhofer*, MDR 2010, 968 (973); *C. Möller*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 491a Rdnr. 9.

[413] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 749; vgl. auch *Kling*, Sprachrisiken, S. 209.

[414] *Kling*, Sprachrisiken, S. 213 f.

bb. Begründungsansätze

(1) Informationsgefälle

Der Informationsgrundsatz wird von *Bydlinski*, wie soeben dargestellt, primär mit einem Informationsgefälle begründet.[415] Dieses ist in der Tat eine Grundvoraussetzung für eine Aufklärungspflicht, obgleich diese Terminologie eine weitere Konkretisierung einfordert. Ein solches zur Aufklärungspflicht führendes Informationsgefälle ist vom *BGH* in vielen unterschiedlichen Konstellationen festgestellt worden: Zum einen in den Fällen einer besonders hervorragenden *Sachkunde*.[416] Des Weiteren wurde eine Aufklärungspflicht gegenüber „*unerfahrenen Angehörigen der sozial schwächeren Bevölkerungsschicht*" bejaht.[417] Ein Informationsgefälle aufgrund geschäftlicher *Unerfahrenheit* wurde aber zudem bei einem gerade volljährig gewordenen Studenten angenommen.[418] Neben der Unerfahrenheit kann nach der Rechtsprechung ein Informationsgefälle auch auf *sprachlichen Mängeln* beruhen.[419] Teilweise wird erneut in diesem Rahmen auf die (unglückliche) Terminologie der strukturellen Unterlegenheit zurückgegriffen.[420] Aus dieser Rechtsprechung haben sich Fallgruppen gebildet, die in der Regel für die Begründung eines Informationsgefälles herangezogen werden.[421] Aufgrund ihrer stärkeren privatrechtsdogmatischeren Absicherung erscheint es freilich vorzugswürdiger, erneut auf die erwähnte Indizfunktion des § 138 Abs. 2 BGB zurückzugreifen. Diese Norm zählt – wenngleich nicht abschließend – die maßgeblichen Konstellationen auf, in denen eine Aufklärungspflicht aufgrund einer individuellen oder strukturel-

[415] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 750. Nach *Busch*, Informationspflichten, S. 137, endet die Informationspflicht des Wissenden dort, „*wo der Unwissende das Informationsgefälle selbst überwinden kann*"; ferner Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnrn. 437 ff.

[416] Vgl. BGH, NJW 1971, 1795 (1799), bezüglich der Sachkunde eines Gebrauchtwagenverkäufers. Relevant ist die überlegende Sachkunde (aktuell) auch und vor allem bei den Bankgeschäften, vgl. BGH, NJW 1999, 2032; NJW, 2000, 2352; Staudinger/*Singer*, BGB, § 123 Rdnr. 20; jüngst erneut BGH, NJW-RR 2011, 910 (911); auf die Sachkunde im Zusammenhang mit den Lehman-Zertifikaten rekurriert ferner *OLG Celle*, Beschl. v. 17.09.2010 - 3 U 154/10, Juris, Rdnr. 20.

[417] BGH, NJW 1974, 849 (851); *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 179 f. Zum Schutz des sozial Schwächeren im Zivilprozess *Stürner*, Richterliche Aufklärung, S. 2 f., m.w.N.

[418] BGH, NJW 1966, 1451.

[419] OLG Stuttgart, NJW 1982, 2608 (2609); Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnr. 438.

[420] Vgl. zuletzt BGH, NJW-RR 2011, 270 (271), unter Berufung auf Art. 2 Abs. 1 i.V.m. dem Sozialstaatsprinzip. Weiterführend Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnr. 438; *Fleischer*, Informationsasymmetrie, S. 296 ff.; mit einem europarechtlichen Bezug dazu *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht, S. 48 f.

[421] Vgl. hierzu Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnrn. 437 ff.; Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 123 Rdnrn. 5a ff. Neben diesen Fallgruppen sind die Informationspflichten aus den Art. 246 ff. EGBGB sowie der BGB-InfoV zu beachten.

len Überlegenheit besteht.[422] § 138 Abs. 2 BGB bedarf unter Umständen einer Ergänzung durch § 242 BGB.[423] So kann nach einer allgemeinen Grundregel eine Aufklärung immer dann erwartet werden, wenn der andere Teil nach Treu und Glauben unter Berücksichtigung der Verkehrssitte redlicherweise Aufklärung erwarten durfte.[424] Die Herleitung einer Informationspflicht aus der Generalklausel des § 242 BGB birgt freilich erneut die Gefahr von Rechtsunsicherheit, bedarf sie doch im Ergebnis einer näheren Konkretisierung, die durch eine nicht im Privatrechtssystem wurzelnde Fallgruppenbildung zumindest nur unsystematisch erreicht werden kann.

(2) Besonderes Vertrauensverhältnis

Von der Indizwirkung des § 138 Abs. 2 BGB verschont bleibt ein weiterer Begründungs- bzw. Konkretisierungsansatz für das Bestehen einer vorvertraglichen oder vertraglichen Aufklärungspflicht: das besondere Vertrauensverhältnis.[425] Bei einer Aufklärungspflicht aufgrund eines Vertrauensverhältnisses lassen sich grundsätzlich zwei Formen des entgegengebrachten Vertrauens differenzieren: Zum einen das auf einem Vertrauensgeschäft basierende Vertrauen.[426] In diesem Falle erwächst aus dem Rechtsverhältnis an sich bereits ein gesteigertes Vertrauen.[427] Insofern besteht ein *typisiertes Vertrauensverhältnis*. Zum anderen kann auch – über diesen allgemeinen Grundsatz hinausgehend – ein persönliches, *personenbezogenes Vertrauensverhältnis* entstehen. In diesem Fall kanalisiert sich das Vertrauen in einer bestimmten Person. Diese Differenzierung wird auch vom *BGH* in einem Urteil aus dem Jahr 1991 vollzogen:[428] In casu ging es um die Aufklärungspflicht unter

---

[422] So im Ergebnis auch BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (39), vgl. auch *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 190, der im § 138 Abs. 2 BGB den Schutz Unerfahrener angelegt sieht und daraus ebenfalls eine Aufklärungspflicht herleitet.

[423] Vgl. ebenfalls BVerfGE 89, 214 = NJW 1994, 36 (39).

[424] Vgl. jüngst BGH, NZM 2010, 788; Staudinger/*Oechsler*, BGB, § 826 Rdnr. 158, m.w.N.; *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung, S. 526; rechtsvergleichend aus dem japanischen Recht *Tanaka*, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?, S. 114 (119).

[425] Unerheblich ist im Ergebnis, ob man das besondere Vertrauensverhältnis als einen eigenen Begründungsansatz ansieht oder ergänzend in die Wertung des § 242 BGB hineinzieht. Um die eigenständige und grundlegende Bedeutung des Zusammenspiels zwischen Vertrauen und Aufklärung zu verdeutlichen, sollte jedoch der Vertrauensgrundsatz als eigener Begründungsansatz berücksichtigt werden, wie hier MünchKomm/*Kramer*, BGB, § 241 Rdnrn. 134 ff. Die einzelnen Nebenpflichten aus § 242 BGB sind ansonsten entscheidend vom gegenseitigen Vertrauen der Vertragspartner geprägt, vgl. nur die Leistungstreuepflicht, Schutzpflicht, Aufklärungspflicht etc., diesbezüglich näher Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 242 Rdnrn. 27 ff.

[426] Erman/*Brox*, BGB (11. Aufl.), § 123 Rdnr. 17.

[427] Vgl. die Nachweise bei MünchKomm/*Kramer*, BGB, § 241 Rdnr. 134; krit. hierzu *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand, S. 191 f., da im Ergebnis nicht auf die Individualinteressen, sondern vielmehr vor allem auf die Allgemeininteressen abgestellt werde.

[428] BGH, NJW 1992, 300.

Gesellschaftern bei der Änderung eines Gesellschaftsvertrages. Allgemein besteht unter den Gesellschaftern bereits eine gesteigerte Treuepflicht, ein typisiertes Vertrauensverhältnis.[429] Dies ist eine Folge des engen geschäftsbezogenen Vertrauensverhältnisses unter den Gesellschaftern.[430] Im vorliegenden Fall hob der *BGH* darüber hinaus das spezielle persönliche Vertrauensverhältnis unter den Gesellschaftern hervor.[431] Diese Differenzierung zwischen geschäftsbezogenem und persönlichem Vertrauen hat im Zuge der Schuldrechtsreform aus dem Jahr 2002 in der Norm des § 311 Abs. 3 S. 2 BGB seinen positivrechtlichen Niederschlag gefunden. Danach erwachsen die Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB insbesondere[432] auch dann, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst. § 311 Abs. 3 BGB ist erneut eine systematische Ausnahmevorschrift, da das gegenseitige Vertrauen grundsätzlich nicht die Ebene der Vertragspartner verlässt.[433] Bei einem typisierten Vertrauensverhältnis verbleiben die Pflichten aus § 241 Abs. 2 BGB nach § 311 Abs. 2 BGB in diesem relativen Rahmen. Die Ausnahme aus § 311 Abs. 3 S. 2 BGB greift erst bei einem ***persönlichen Vertrauensverhältnis***. § 311 BGB enthält somit ein zentrales Bekenntnis zur sogenannten Relativität der Schuldverhältnisse.[434] Die gesetzliche Akzentuierung des persönlichen Vertrauensverhältnisses verlangt nach einer näheren terminologischen Analyse. § 311 Abs. 3 S. 2 BGB spricht davon, dass der Dritte *in besonderem Maße Vertrauen für sich* in Anspruch nimmt. Aus der Formulierung *für sich* folgt der bereits herausgearbeitete Aspekt, dass sich das Vertrauen in einer bestimmten Vertrauensperson kanalisiert.[435] Die Konkretisierung *im besonderen Maße* muss von der Formulierung der Gesetzesbegründung („*Das besondere Vertrauen*")[436] abgegrenzt werden. Die Gesetzesformulierung bezieht sich nicht auf die Qualität des Vertrauens; vielmehr ist die Intensität der Inanspruchnahme betroffen.[437] Die

---

[429] BGH, NJW 1992, 300 (302): „*Die Parteien waren nicht nur gesellschaftsrechtlich verbunden und deshalb einander zur Treue verpflichtet*". Vgl. allgemein zum Rechtsprinzip der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 473 f.; *Hofmann*, Minderheitsschutz, S. 396 f.; *Schöne*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 705 Rdnrn. 101 ff.; zu der gesellschaftsrechtlichen Treuepflicht bei der Auflösung von Gemeinschaftspraxen *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 29 MBO Rdnr. 10.

[430] So ist ein wichtiger Kündigungsgrund im Sinne von § 723 Abs. 1 S. 2 BGB vor allem in der irreparablen Zerstörung des Vertrauensverhältnisses zu sehen, vgl. etwa BGH, NJW 2000, 3491 (3492), m.w.N.

[431] BGH NJW 1992, 300 (302). Konkret ging es um die familiäre Beziehung Onkel-Neffen.

[432] Also nicht abschließend, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 163.

[433] Vgl. *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 49 f.; auch OLG Frankfurt, Urt. v. 08.03.2007 - 26 U 43/06, Juris, Rdnr. 29; LG Köln, Urt. v. 10.06.2009 - 28 O 600/06, Juris, Rdnr. 64.

[434] Vgl. nur Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnr. 296. Hierzu sogleich eingehend § 3 A II.

[435] Vgl. auch *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 50.

[436] Missverständlich deswegen BT-Drs. 14/6040, S. 163.

[437] *Koch*, AcP 204 (2004), 59 (76) Fn. 80, mit dem einleuchtenden Beispiel des treulosen Ehemanns: Verspricht dieser seiner Gattin pro futuro, nicht mehr fremdzugehen, so nimmt er ihr Vertrauen

Inanspruchnahme von Vertrauen weist ferner auf einen Kommunikationsakt zwischen Erklärendem und Empfänger hin. Das Vertrauen wird gleichsam vom Dritten an sich herangezogen. Der *BGH* spricht insofern von einer vom Erklärenden ausgehenden persönlichen Gewähr.[438] Darin wird mit Grund eine Vertrauensaufforderung gesehen, verbunden mit der Zusage, dass der Dritte die rechtliche Verantwortung übernimmt.[439] Anders formuliert: Die Inanspruchnahme des Vertrauens lässt die Selbstverantwortung des Vertrauenden entfallen; das Zurechnungsprinzip leitet die Verantwortung auf den Dritten über.

Diese Grundsätze des persönlichen Vertrauensverhältnisses lassen sich nun auf das relative Schuldverhältnis übertragen. Wenn ein Dritter derart Vertrauen in Anspruch nehmen kann, dass ihn als systematische Ausnahme Pflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB treffen, muss dies im Lichte des schuldrechtlichen Relativitätsprinzips erst Recht für den eigentlichen Vertragspartner gelten. Dies bedeutet für die Aufklärungspflicht Folgendes: Nimmt der Vertragspartner in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch, erwachsen dadurch nicht nur (einfache) Aufklärungspflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB. Diese Aufklärungspflichten wohnen schließlich unter bestimmten, soeben beschriebenen Voraussetzungen jedem Vertragsschluss inne. Vielmehr treffen den Vertragspartner in diesem Fall *verstärkte* Aufklärungspflichten. Je ausgeprägter ein selbstbestimmtes und selbstverantwortliches Handeln gegeben ist, desto geringer fällt die Aufklärungspflicht der Gegenseite aus.[440] Nimmt nun die Gegenseite in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch, werden – wie dargelegt – die Selbstbestimmung und damit die Selbstverantwortung des Vertrauenden reduziert. Die Aufklärungspflicht steigt in diesem Fall gleichzeitig mit dem jeweils entgegengebrachten Vertrauen. Insofern findet hier das bewegliche System bei der Begründung von Informationspflichten Anwendung: Je ausgeprägter das Vertrauensverhältnis ist, desto umfangreicher fällt die Aufklärungspflicht aus.[441] Über das Vertrauensverhältnis hinausgehend

---

im besonderen Maße in Anspruch. Gleichwohl genießt er von ihr kein besonderes Vertrauen (mehr). Auf diese Missverständlichkeit der Gesetzesformulierung ebenfalls hinweisend *Canaris*, JZ 2001, 499 (520 f.).

[438] Stellvertretend BGH, NJW 1990, 389; NJW-RR 2006, 993 (994); Staudinger/*Löwisch*, BGB, § 311 Rdnr. 154; MünchKomm/*Emmerich*, BGB, § 311 Rdnr. 145; *Gehrlein/Sutschet*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 311 Rdnr. 115; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 311 Rdnr. 64; *Koch*, AcP 204 (2004), 59 (77); *Canaris*, JZ 2001, 499 (521), spricht von einem „G*arantieelement*"

[439] Canaris, ZHR 163 (1999), 206 (232 f.); vgl. auch *Koch* AcP 204 (2004), 59 (77).

[440] Vgl. *Kling*, Sprachrisiken, S. 415; Staudinger/*Singer*, BGB, § 123 Rdnrn. 10; 12.

[441] Die Begründung von Aufklärungspflichten aus einem beweglichen System heraus ist nicht neu, jedoch die hier vorgenommene Herleitung aus § 311 Abs. 3 S. 2 BGB als argumentum a fortiori; zustimmend zum beweglichen System auch MünchKomm/*Kramer*, BGB, § 241 Rdnr. 125; Staudinger/*Singer*, BGB, § 123 Rdnr. 11; *Kieninger*, AcP 199 (1999), 190 (230 ff.), m.w.N. Krit. *aber S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 320; 416 ff. et passim, der eine Fallgruppenbildung präferiert; im Überblick *Kling*, Sprachrisiken, S. 415 f.

lassen sich – dies soll an dieser Stelle als Befund ausreichen –[442] die Informationspflichten als Konkretisierung der Generalklausel des § 242 BGB aus dem beweglichen System heraus begründen.

c. Objektive Äquivalenz

Von der durch das Informationsprinzip gewährleisteten materialen Vertrags*freiheit* ist die materiale Vertrags*gerechtigkeit* zu differenzieren. Danach werden die vertraglichen Pflichten nicht allein aus der subjektiven Äquivalenz ermittelt, sondern darüber hinaus von einem allgemeinen Gerechtigkeitsprinzip mitbestimmt.[443] Ein solches Äquivalenzprinzip muss jedoch restriktiv gehandhabt werden, hat sich der deutsche Gesetzgeber doch explizit gegen eine sogenannte *laesio enormis* ausgesprochen, wie sie das österreichische Recht mit § 934 ABGB kennt.[444] Die deutsche Privatrechtsordnung geht grundsätzlich vom formalen Gerechtigkeitsbegriff im Sinne eines *stat pro ratione voluntas*[445] aus.[446] Dessen ungeachtet werden bei der Beurteilung des Gerechtigkeitsgehalts eines Vertrages vor allem auch richterliche Inhaltskontrollen zugelassen.[447] Pars pro toto kann insbesondere auf die Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 BGB und den Bereich der Allgemeinen Geschäftsbedingungen gemäß §§ 305 ff. BGB verwiesen werden. Dieses vertragsergänzende dispositive Vertragsrecht ist seiner Intention nach vornehmlich auf die gerechte Zuordnung von Pflichten und Rechten, Lasten und Vorteilen, Risiken und Chancen der Vertragsparteien angelegt, sodass das Prinzip der objektiven Äquivalenz konkretisiert wird.[448] Der *BGH* zieht die objektive Äquivalenz regelmäßig dann als Begründungsmodell heran, wenn er den Bestand der synallagmatischen Pflichten in Gefahr erachtet.[449] Dies ist regelmäßig in den wiederholt auftretenden Konstellationen der Fall, in denen der Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen versucht, sich von seinen Leistungspflichten zu lösen, während der Vertragspartner an seinen Gegenleistungspflicht festgehalten wird. Darin sieht der *BGH* einen Verstoß gegen §§ 9 ABGB a.F., 307 BGB n.F.[450]

---

[442] Ausführlich zu der Selbstbestimmungsaufklärung im arztrechtlichen System § 4 C I 1.

[443] *Larenz*, Richtiges Recht, S. 79; *Kling*, Sprachrisiken, S. 217.

[444] BGHZ 80, 153 = NJW 1981, 1206; *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (287); *Kling*, Sprachrisiken, S. 217 ff., m.w.N.

[445] Vgl. hierzu *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 6 f.

[446] *Auer*, Materialisierung, S. 25 ff.

[447] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 756, *Medicus*, Allgemeiner Teil, S. 195 ff.; *Auer*, Materialisierung, S. 26; *Coester-Waltjen*, Jura 1995, 26 ff.; *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle, passim; *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 78; *Wagenknecht*, System der rechtlichen Kontrolle, S. 102 ff.

[448] So nahezu wörtlich *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (285).

[449] Vgl. nur BGHZ 96, 103 = NJW 1986, 179 (180), m.w.N.

[450] Vgl. stellvertretend BGHZ 96, 103 = NJW 1986, 179 (180); im weiteren Überblick über die derartige Rechtsprechung *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge, S. 463 f., m.w.N.

d. Zusammenfassung

Insgesamt genügt an dieser Stelle das Fazit, dass das Rechtsprinzip der Privatautonomie sowohl formal als auch material verstanden werden muss. Mit dem Informationsprinzip wird die Vertragsfreiheit, mit der objektiven Äquivalenz hingegen die Vertragsgerechtigkeit materialisiert. Über den Gerechtigkeitsgedanken des *volenti non fit iniuria* werden dabei materiale Vertragsfreiheit und formale Vertragsgerechtigkeit komparativ in einem beweglichen System verbunden.[451] Es gilt: *Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit, der subjektiven Äquivalenz.*

II. Relativitätsprinzip

Als konsequente Ausprägung der Privatautonomie ist im Vertragsrecht daneben das Relativitätsprinzip zu beachten. Nach diesem Grundsatz können persönliche Leistungspflichten nur zwischen denjenigen Privatrechtssubjekten entstehen, die an dem jeweiligen Vertragsschluss auch beteiligt sind.[452] Ein Vertrag zu Lasten Dritter ist ausgeschlossen.[453] Dadurch wird das (formal) privatautonome Handeln der Privatrechtssubjekte geschützt.[454] In diesem Zusammenhang muss jedoch zwischen der positiven und der negativen Vertragsfreiheit differenziert werden: So findet die positive Vertragsfreiheit der am Rechtsgeschäft beteiligten Parteien ihre Schranke in der negativen Vertragsfreiheit Dritter.[455] Der selbstbestimmte Dritte kann frei entscheiden, ob und wenn ja, mit wem er einen Vertrag abschließt. Beim

---

[451] Vgl. *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (286 f.).

[452] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 175 f.

[453] BGHZ 54, 145 = NJW 1970, 2157; BGHZ 58, 216 = NJW 1972, 942 (943); BGHZ 61, 359 = NJW 1974, 96; NJW 1995, 3183 (3184); MünchKomm/*Gottwald,* BGB, § 328, Rdnr. 188; *Medicus*, JuS 1974, 613 (614); *Martens*, AcP 177 (1977), 113 (139). Beim Klinik-Card-Vertrag zwischen Versicherer und Krankenhaus, um ein aktuelles arztrechtliches Problemfeld zu beschreiten, wird teilweise argumentiert, dass es sich hierbei um einen Vertrag zu Lasten Dritter, der Patienten, handele, vgl. hierzu im Überblick *Adam*, NJW 2011, 7 (8), m.w.N.; zum Vertrag zu Lasten Dritter im Sozialrecht, vor allem auch beim Krankengeld, *Salje*, NZA 1990, 299 (301 ff.).

[454] *Flume*, Allgemeiner Teil S. 7; *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 13 ff., m.w.N.; streng genommen handelt es sich damit beim Relativitätsprinzip um ein Element der formalen Privatautonomie. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 175, weist aber mit Recht darauf hin, dass es sich bei dem Relativitätsprinzip um ein eigenes wichtiges Prinzip handele. Demgegenüber sieht insbesondere *Henke*, Relativität des Schuldverhältnisses, S. 11, den Grund für das Relativitätsprinzip primär im Gedanken der Rechtssicherheit verortet. Diese Argumentation verkennt aber, dass die Rechtssicherheit erst aus der Anerkennung der Privatautonomie folgt, so auch *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 16 f. Aufgrund dieser Verwechslung von Ursache und Wirkung kann auch die Argumentation im grundlegenden „*Hühnerpest-Urteil*" BGHZ 51, 91 = NJW 1969, 269 (272), keine Überzeugungskraft entfalten, wonach das Relativitätsgebot u.a. auf dem Gedanken der abgesicherten Haftungskalkulation fußt.

[455] Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnr. 298.

Relativitätsprinzip kommt dieser sogenannten Kontrahentenwahlfreiheit[456] eine entscheidende Funktion zu.[457] Zusammengefasst werden mit dem Relativitätsprinzip „*Eingriffe durch Selbstbestimmung in die Selbstbestimmung Anderer*" verboten.[458]

Während nun noch im römischen Recht das Relativitätsprinzip als nahezu unantastbar galt,[459] wird es im modernen Privatrecht auf mannigfaltige Art und Weise durchbrochen.[460] Als ein wesentlicher Katalysator dieser Entwicklung lässt sich der bereits angesprochene, privatrechtliche Materialisierungsprozess anführen. So produziert die Materialisierung heteronomes Schuldrecht.[461] Unter *Heteronomie* allgemein versteht man – negativ – schlicht alles, was nicht autonom ist, also seine Quelle außerhalb der beteiligten Vertragsparteien hat.[462] Dabei ist einmal die (nationale und vor allem) europäische Gesetzgebung von Bedeutung; als weiterer Herd heteronomer Einflüsse muss daneben die Judikative, das Richterrecht, genannt werden.[463] Dabei bedienen sich die Gerichte nicht zuletzt der (ergänzenden) Vertragsauslegung und der richterlichen Rechtsfortbildung als heteronome Methode.[464] Als klassisches schuldrechtliches Beispiel kann diesbezüglich auf den Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter verwiesen werden, der seine Grundlage in der (ergänzenden) Vertragsauslegung bzw. in der richterlichen Rechtsfortbildung gefunden hat.[465] Dieser Durchbruch des Relativitätsprinzips ist als Ein-

[456] Hierzu Staudinger/*Busche*, Eckpfeiler, Kap. F Rdnr. 5.; *ders.*, Privatautonomie, S. 69. Der Wahl des Vertragspartners wird auch in BGHZ 36, 91 = NJW 1962, 196 (198), eine für die allgemeine Handlungsfreiheit maßgebliche Rolle zugeteilt.

[457] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 15.

[458] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 14, m.w.N.

[459] Dies führte dazu, dass etwa die direkte Stellvertretung nicht anerkannt wurde, vgl. *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht, S. 266; *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 9. Insgesamt zeigte sich das Relativitätsprinzip im römischen Recht als „*iuris vinculum*", einem auf Gläubiger und Schuldner beschränktem Verhältnis, vgl. hierzu näher auch *v. Koppenfels-Spies,* cessio legis, S. 159 f.; 176 f.

[460] So bereits die Feststellung von *Medicus*, JuS 1974, 613 (622); klassische Beispiele sind neben dem Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter vor allem die Berufs- und Prospekthaftung, vgl. hierzu *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 52 ff. Keinen Durchbruch des Relativitätsprinzips, sondern vielmehr eine Ausnahme stellt hingegen der Vertrag zugunsten Dritter dar, da bei dieser Vertragsform mit dem Zurückweisungsrecht in § 333 BGB die Autonomie des Dritten gewahrt bleibt, vgl. *ders.*, Heteronomie, S. 26 f.

[461] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 34 f. („*Materiales und heteronomes Schuldrecht gehen also Hand in Hand*").

[462] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 31.

[463] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 31 f.; umfassend zur Autonomie und Heteronomie im Alter *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 ff.; die Bedeutung der Heteronomie im Verhältnis zur Patientenautonomie näher betrachtend *Damm*, MedR 2002, 375 (383 ff.). Zum Begriff der Patientenautonomie eingehend § 4 C.

[464] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 31 f.

[465] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 328 Rdnr. 14; im Überblick zu den Rechtsgrundlagen des Vertrags mit Schutzwirkung *Zenner*, NJW 2009, 1030. Relevant ist der Vertrag mit Schutzwirkung im Arztrecht vor allem bei den sogenannten Sterilisationsverträgen. Dabei entfaltet dieser Vertrag eine Schutzwirkung zugunsten des Ehemannes, vgl. BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452 (1453), nicht hingegen gegenüber dem nichtehelichen Vater, so BGH, NJW 2002, 1489 (1490),

griff in die verfassungsrechtlich geschützte Privatautonomie nur im Falle einer sachlichen Begründung, vor allem durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz, rechtmäßig. Dies folgt zum einen aus dem Willkürverbot, also aus Art. 3 Abs. 1 GG, darüber hinaus aber ferner aus dem Autonomieprinzip selbst, Art. 2 Abs. 1 GG.[466] Das bedeutet für das Arztvertragsrecht: Nicht zuletzt als Folge der arbeitsteiligen Medizin sieht sich der Patient in der ambulanten und stationären Behandlung einer (mittlerweile unüberschaubaren) Schar von potentiellen Vertragskonstellationen und damit Vertragspartnern gegenüber.[467] Kommt es dabei zu einer Ausnahme vom Relativitätsprinzip, etwa im Falle des in diesem Rahmen näher beleuchteten Arztzusatzvertrages, müssen die soeben beschriebenen verfassungsrechtlichen Hürden übersprungen werden.[468]

sowie gegenüber den Geschwistern („*wrongful birth*"), vgl. *Spickhoff*, VersR 2006, 1569; *Taupitz/Schlüter*, AcP 205 (2005), 591 (624 f.) Zu der daran anschließen Problematik der Schadensposition („*Kind als Schaden*") instruktiv *Deutsch*, NJW 1994, 776 ff, m.w.N.

466 *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 29.

467 Zu dieser Schar von Vertragsmöglichkeiten näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 79 f.; diese Vertragsvielfalt hat auch Auswirkungen auf den Vorrang der Nacherfüllung, vgl. *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2696).

468 Hierzu eingehend § 5 A II.

B. Haftungsrechtliche Prinzipien

Das privatrechtliche System wird neben den vertragsrechtlichen Prinzipien zudem entscheidend durch die haftungsrechtlichen Grundsätze geprägt.[469] Im Folgenden soll mit der Schadensprävention (vgl. I.) und der Haftung für Gehilfen (vgl. II) allein auf zwei derjenigen haftungsrechtlichen Prinzipien näher eingegangen werden, die für die haftungsrechtliche Grenze der Arbeitsteilung von maßgeblicher Bedeutung sind.

I. Schadensprävention (Rechtsgüterschutz)

1. Verschuldensprinzip: zwischen Handlungsfreiheit und Integritätsschutz

Das Haftungsrecht wird neben der Ausgleichsfunktion[470] auch und vor allem[471] durch die Präventionsfunktion, den Rechtsgüterschutz, repräsentiert.[472] Prävention meint dabei zweierlei: Auf der einen Seite die Verhinderung einer bevorstehenden Verletzung durch den Betroffenen oder einen Dritten, etwa durch das Notwehrrecht, sowie die Verhinderung einer erneuten Verletzung, beispielsweise im Wege der Genugtuungsfunktion des Schmerzensgeldes.[473] Die Prävention im

---

[469] Im Überblick zu den Prinzipien des Haftungsrechts *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnrn 17 ff.; Soergel/*Spickhoff*, Vorb. zu § 823, Rdnrn. 29 ff.; Palandt/*Sprau*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnr. 1; MünchKomm/*Wagner*, BGB, Vorb. §§ 823 Rdnrn. 38 ff.; *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, passim.

[470] Hierzu näher *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 17; *Larenz*, NJW 1959, 865; Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 30.

[471] Insbesondere die Anhänger einer ökonomischen Analyse betonen die haftungsrechtliche Bedeutung der Prävention. Sorgfältiges Handeln und Risiko lassen sich dabei nicht trennen, im Überblick hierzu MünchKomm/*Wagner*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnrn. 45 ff. Die Tauglichkeit dieser Analyse für den Rechtsalltag muss aber vor allem vor dem Hintergrund der Rechtssicherheit bezweifelt werden; mit Grund daher im Ergebnis zweifelnd für die praktische Rechtsanwendung *Taupitz*, AcP 196 (1996), 114 (166): „*Die ökonomische Analyse des Rechts ist damit keine wohlfeile und unmittelbar umsetzbare Theorie für den grauen Alltag der Gerichte, sondern eher Urmaterial für leuchtende Erkenntnisse der Wissenschaft*"; krit. auch *Spickhoff*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2007, S. 151 (153 f.). Im Gesundheitsbereich stellt sich überdies die Problematik, die Kosten der Gesundheit und des Lebens zu quantifizieren und in Beziehung zu regulierungsbedingten Kosten zu setzen, so die treffende Analyse von *Mand*, WRP 2008, 906 (912) Fn. 65.

[472] Soergel/*Spickhoff*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnr. 37, unter Verweis auf die Nähe des zivilen Haftungsrechts zum Strafrecht; zu den Auswirkungen des Rechtsgüterschutzes auf die Wahl des Handlungs- oder Erfolgsortes im internationalen Deliktsrecht näher *ders.*, VersR 1985, 124.

[473] Vgl. zu beiden Aspekten *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 18. Die Genugtuungsfunktion muss dabei von einer (systemfremden) Straffunktion abgegrenzt werden, vgl. *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 38 Fn. 34. Laut BGHZ 118, 332 = NJW 1992, 3096 (3103), kann die Bestrafungs- und Abschreckungsfunktion der „*punitive damages*" nicht mit der Genugtuungsfunkti-

engeren Sinne kann jedoch am effektivsten der (potentielle) Schädiger durch ein sorgfältiges Handeln gewährleisten. Gleichwohl gilt im Ausgangspunkt nicht etwa der Grundsatz des *neminem laedere*. Vielmehr treffen Sicherungspflichten jede Person grundsätzlich nur für die eigene Sphäre, also für das eigene Verhalten und die eigenen Sachen.[474] Zwischen der allgemeinen Handlungsfreiheit des (potentiellen) Schädigers und des (potentiellen) Integritätsschutzes des Geschädigten muss die Rechtsordnung einen Ausgleich im Sinne der iustitia commutativa finden.[475] Dabei gilt außerhalb einer zurechenbar-kausalen, rechtswidrigen und schuldhaften Handlung: *casum sentit dominus*.[476] Als Ausgleich zwischen Handlungsfreiheit und Integritätsschutz operiert das haftungsrechtliche Verschuldensprinzip.[477] Unterhalb dieser sogenannten „*Haftungsschwelle*" ist eine Haftung nur unter bestimmten, gesetzlich angeordneten Voraussetzungen möglich.[478] Mit dem Verschuldensprinzip entscheidet sich die Rechtsordnung damit gegen den defensiven Schutz zugunsten der Integrität der bestehenden Güter und für die allgemeine Handlungsfreiheit.[479] Im Spannungsfeld von Prävention und Handlungsfreiheit, von neminem laedere und casum sentit dominus, soll die Präventionswirkung im Sinne der Freiheitsmaxime und der wirtschaftlichen Effektivität auf ein angemessenes Mindestmaß zurückgestuft werden.[480] Gleichwohl wird die Handlungsfreiheit für den Fall des schuldhaften Handelns haftungsrechtlich begrenzt. Im systematischen Rückblick auf das privatrechtliche System des Vertragsrechts lässt sich formulieren: Handlungsfreiheit und Verschuldensprinzip bilden das Äquivalent zu Selbstbestimmung und Selbstverantwortung.[481]

---

on verglichen werden. Zudem scheitert nach dem *BGH* die Vollstreckbarerklärung eines solchen US-amerikanischen Urteils zur Zahlung von „*punitive damages*" am materiellen ordre public gemäß § 723 Abs. 2 S. 2, 328 Abs. 2 Nr. 4 ZPO.

[474] MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 238; BGB-RGRK/*Steffen*, § 823 Rdnr. 6; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 113.

[475] Vgl. *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 113; zum Gedanken der iustitia commutativa im Haftungsrecht näher *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit des Geschädigten, S. 122.; *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 77 ff.

[476] *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 861, spricht daher mit Grund von einem „*Spannungsverhältnis*" zwischen diesem Grundsatz und dem des neminem laedere.

[477] Diesbezüglich bereits § 3 B I 1.

[478] *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 21.

[479] *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 21 („*Es ist die Bevorzugung des Werdenden vor dem Bestehenden.*"); BGB-RGRK/*Steffen*, § 823 Rdnrn. 114 ff.

[480] Einmal mehr *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 22; ferner *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 190; *Ballhausen*, LMK 2011 326139.

[481] Zum Selbstverantwortungsprinzip im Rahmen der Verschuldenshaftung näher *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 196 ff; vgl. im Ergebnis auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 351; *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung, S. 729; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 186. Das Verhältnis zwischen Eigenverantwortung des Gefahrverursachers und der Selbstverantwortung des Geschädigten untersucht *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 183 ff., m.w.N.

2. Ausnahme: Verantwortung für Rechtsgüter Dritter

Von dem Grundsatz der Verschuldenshaftung als Einstandspflicht für verschuldetes Unrecht[482] ausgehend, ist eine Verantwortung für die Rechtsgüter Dritter nur außerordentlich unter bestimmten Voraussetzungen möglich. Eine solche Ausnahme stellt einmal die Gefährdungshaftung dar. Danach entspricht der aus der Handlungsfreiheit bzw. Selbstbestimmung folgenden Befugnis, den eigenen Kreis in einer Weise auszugestalten, die unvermeidbare Gefahren für andere mit sich bringt, als Korrelat die aus der mit der Handlungsfreiheit entspringende Verpflichtung im Sinne einer Selbstverantwortung, für die sich ergebenen Risiken einzustehen.[483] In diesem Fall trifft den Schädiger eine verschuldens- und damit auch rechtswidrigkeitsunabhängige Haftung.[484] Als zweite Modifikation der verschuldensabhängigen Haftung treten die Verkehrspflichten bzw. Verkehrssicherungspflichten in das Betrachtungsfeld.[485] Danach hat derjenige, der eine Gefahrenlage schafft bzw. in seinem Bereich andauern lässt, die nach den Umständen erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz anderer Personen zu treffen.[486] Die Verkehrspflichten amtieren als „*Verschuldenskorrektiv*" im Hinblick auf eine „*Zuweisung von Schadenslasten*", um auf diese Weise ein angemessenes Mindestmaß an Geltungsniveau für die Schutzpositionen sicherzustellen.[487] Sie greifen damit vor allem dann, wenn das Verschuldensprinzip seiner dargestellten Vermittlerrolle zwischen Handlungsfreiheit und Integritätsschutz nicht mehr im befriedigenden Maße nachkommen kann. Neben den mit der Gefährdungshaftung und den Verkehrspflichten begründeten Verhaltenspflichten wird die Handlungsfreiheit darüber hinaus drittens durch vielfache Beweiserleichterungen zugunsten des Geschädigten eingeschränkt.[488] Der Grund für diese Einschränkungen der Handlungsfreiheit wird in Rechtsprechung und Literatur bisweilen kontrovers diskutiert.[489] Summa summarum besteht jedoch weitgehende Einigkeit darüber, dass Billigkeitserwägungen eine Verantwortung für die Rechtsgüter Dritter, eine „*Zuweisung von Schadenslasten*" in Richtung Schädiger, als zu begründende Ausnahme

---

482 *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 352; vgl. zudem erneut *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 113.

483 Vgl. Soergel/*Spickhoff*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnr. 45.

484 BGHZ 24, 21 = NJW 1957, 785 (786); BGHZ 34, 355 = NJW 1961, 655 (656 f.); BGHZ 105, 65 = NJW 1988, 3019 („*keine Unrechtshaftung*"); Soergel/*Spickhoff*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnr. 45; pointiert diesbezüglich die Formulierung von *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 644: „*Die Schuldhaftung verbietet, die Gefährdungshaftung erlaubt*".

485 Hierzu instruktiv *v. Bar*, Verkehrspflichten, passim; Soergel/*Krause*, BGB, § 823 Anh. II, je m.w.N. Zu der (im Ergebnis müßigen) begrifflichen Differenzierung zwischen Verkehrs- und Verkehrssicherungspflichten näher *Gsell*, Substanzverletzung, S. 106 f.

486 Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 17.

487 So anschaulich *Steffen*, VersR 1980, 409 (410).

488 *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 103 ff.; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 115.

489 Zu den einzelnen Begründungsansätzen der Beweisnot, der Beweisvereitelung, der ökonomischen Analyse, des Vertrauensgrundsatzes usw., wiederum *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 117 ff., m.w.N.

rechtfertigen.[490] Vor allem der allgemeine Billigkeitsgrundsatz *venire contra factum proprium* erscheint für die Gefahrerhöhung als adäquat. Privatrechtsdogmatisch überzeugend kann diese Argumentation mit dem bereits mehrfach ins Feld geführten beweglichen System der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten bzw. Rechtsprinzipien untermauert werden. Sowohl Verkehrspflichten als auch Beweiserleichterungen fußen auf dem haftungsrechtlichen Präventionsgedanken.[491] Daher gilt als komparative Formel: Eine präventive Verkehrspflicht bzw. eine Beweiserleichterung ist umso eher zu bejahen, je höher der Rang des Rechtsguts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist.[492] Die Einschränkung der Handlungsfreiheit ist unter diesen Voraussetzungen verfassungsrechtlich bzw. rechtsdogmatisch gerechtfertigt, ja geboten.[493] Die Risiko- und Gefahrerhöhung mit dem damit einhergehenden Bedarf an Rechtsgüterschutz ist damit als haftungsrechtliches Prinzip der Prävention zu beachten.[494]

---

[490] So für die Kausalitätsvermutung beim groben Behandlungsfehler *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 530; ferner auch Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 236. Es ist anerkannt, dass bei einer Gefahrschaffung bzw. einer groben Pflichtverletzung die allgemeine Handlungsfreiheit zugunsten des neminem laedere eingeschränkt werden muss.

[491] Vgl. stellvertretend für die Verkehrspflichten *Dreier*, Kompensation und Prävention, S. 520; für die Beweiserleichterung Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 236.

[492] Zu der Begründung von verfassungsrechtlichen Schutzpflichten bereits § 2 B I 2; vgl. *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 80. Ein bewegliches System für die Begründung von Verkehrspflichten hat in Anlehnung an *Wilburg, Elemente des Schadensrechts, S. 26 ff.,* auch *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 113 ff., entwickelt. Nach diesem sind folgende Kriterien maßgeblich: Einmal die Schaffung oder Unterhaltung einer Gefahr, zweitens der Vertrauensschutz, drittens die Beherrschbarkeit der Gefahr und endlich die private und gemeinschaftliche Nützlichkeit des Gefahrenbereichs. Gemeinsam mit dem hier verfolgten Ansatz ist damit die Gefahrerhöhung maßgeblich. Gleichwohl wird auf eine dogmatische Herleitung aus den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten verzichtet. Zum beweglichen System im Haftungsrecht ferner instruktiv *Deutsch*, in: Das Bewegliche System, S. 43 (47 ff.).

[493] So im Ergebnis auch *Spickhoff*, in: Deutsch/Schreiber/Spickhoff/Taupitz, Klinische Prüfung, S. 9 (24); *Deutsch*, NJW 1995, 3019 (3024); *ders.,* VersR 1999, 1 ff.; *ders.* NJW 2000, 1745 (1745 f.), für die Verkehrs- bzw. Organisationspflichten im Rahmen der klinischen Prüfung; allgemein ferner *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 82; *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 148 ff.

[494] Vor diesem Hintergrund kann die Entscheidung des BGH, MedR 2011, 575 m. krit. Anm. *Ballhausen*, nicht überzeugen, wonach die Grundsätze der Beweislastumkehr wegen groben Behandlungsfehlers keine Bedeutungskraft im Rahmen der Arzneimittelhaftung entfalten sollen. Kommt der pharmazeutische Unternehmer seiner Verkehrs- bzw. Produktbeobachtungspflicht nicht nach, geht damit regelmäßig eine gestiegene Gesundheitsgefahr für den Anwender einher. Eine Beweislastumkehr korrigiert in angemessener Weise den als unbefriedigend empfundenen § 84 Abs. 2 AMG, näher hierzu *ders.*, MedR 2011, 577 (577 f.).

II. Haftung für Gehilfen

1. Erfüllungsgehilfe

Mit der Haftung für Gehilfen kennt das haftungsrechtliche System ein weiteres Rechtsprinzip, das in arbeitsteiligen Wirtschaftsverhältnissen beschränkend wirkt.[495] Dabei muss im Privatrecht zwischen dem Erfüllungsgehilfen und dem deliktischen Verrichtungsgehilfen differenziert werden. Beiden Rechtsfiguren liegt dabei im Ausgangspunkt folgende gedankliche Gemeinsamkeit zugrunde: Wer die beschriebenen Vorteile der Arbeitsteilung in Anspruch nimmt, soll konsequenterweise auch deren Nachteile tragen („*qui facit per alium facit per se*").[496] Für den Erfüllungsgehilfen folgt dieser Grundsatz schon aus dem Rechtsprinzip des Verkehrsschutzes. Mit dem Einsatz eines Erfüllungsgehilfen geht die Gewähr des Schuldners einher, dass der Gehilfe ein vertragsgemäßes Verhalten an den Tag legt.[497] Neben dem Verkehrsschutz spricht auch die subjektive Äquivalenz für eine Haftungspflicht des Geschäftsherrn für den Erfüllungsgehilfen: Hätte der später geschädigte Vertragspartner bei der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen keinen (verschuldensunabhängigen) Anspruch gegen den Geschäftsherrn, stünde der eigenen Gegenleistung bei der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen keine äquivalente Leistung gegenüber.[498]

2. Verrichtungsgehilfe

Bei der Einschaltung eines Verrichtungsgehilfen treten diese Verkehrsschutzgesichtspunkte bzw. Äquivalenzerwägungen freilich in den Hintergrund. Das Deliktsrecht schützt gerade nicht das Äquivalenz-, sondern vielmehr das Integritätsinteresse.[499] Mit der Gehilfenhaftung nach § 831 BGB kennt das Privatrecht eine Haftung für die Verletzung einzelner Verkehrspflichten, die sich daraus ergeben, dass der Geschäftsherr die Vorteile einer Arbeitsteilung in Anspruch genommen

---

[495] Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 206.

[496] Vgl. für den Erfüllungsgehilfen BGHZ 95, 128 = NJW 1985, 2475 (2476); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 278 Rdnr. 1. Für den Verrichtungsgehilfen *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, S. 807. Rechtsvergleichend zu diesem Grundsatz *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 805; *Zweigert/Kötz*, Einführung in die Rechtsvergleichung, S. 648.

[497] Die Mot. II, S. 30, sprechen von einer „*Garantie*". Vgl. auch *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 240.

[498] So überzeugend *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 209. Hinsichtlich der Möglichkeit der Äquivalenzstörung bei der Einschaltung eines Erfüllungsgehilfen ferner *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2696).

[499] Diese Differenzierung gewinnt im Haftungsrecht vor allem beim klassischen Streit um sogenannte „*weiterfressende Mängel*" an Bedeutung, hierzu ausführlich Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnrn. 80 ff.

hat.[500] Die mit der Arbeitsteilung einhergehenden (gestiegenen) Gefahren begründen eine Verkehrspflicht gegenüber Dritten.[501] Dies folgt wiederum aus den erwähnten verfassungsrechtlichen Schutzpflichten im Falle der Risiko- und Gefahrerhöhung. Die Auswahl- und Überwachungspflichten des § 831 BGB sind damit lediglich Konkretisierungen der allgemeinen deliktischen Pflicht zur gefahrvermeidenden Unternehmensorganisation.[502] Aus dieser Erkenntnis entspringt die Frage, ob der Geschäftsherr im Falle der Verletzung einer Verkehrspflicht, etwa der im Rahmen der Arbeitsteilung besonders relevanten Organisationspflicht,[503] nach § 823 Abs. 1 BGB oder § 831 BGB haftet. Da insbesondere bei einer Organisationspflicht ein struktureller Unterschied zwischen der Aufgabenübertragung auf weisungsabhängige bzw. weisungsunabhängige Gehilfen gerade nicht besteht, sollte die Verletzung einer solchen Verkehrspflicht von § 823 Abs. 1 BGB erfasst werden.[504] In diesen Fällen der Arbeitsteilung greift das übereinstimmende Telos der Gehilfenhaftung: das Einstehen für die Risiken als Spiegelbild zu den Vorteilen der Arbeitsteilung.

Für die hier intendierte Grenzziehung der arbeitsteiligen Medizin genügt insofern folgendes Fazit: Im Falle der Risiko- und Gefahrerhöhung gelten allgemein als Ausfluss bzw. Konkretisierung der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten im Rahmen eines beweglichen Systems präventive Verkehrspflichten bzw. Beweiserleichterungen. Als konkrete Ausprägung dieser Verkehrspflichten treffen Geschäftsherrn bei der Arbeitsteilung bestimmte Organisationspflichten.

III. Zusammenfassung

Das haftungsrechtliche System des Privatrechts ist insgesamt neben dem Ausgleichsgedanken maßgeblich durch den Präventionsgedanken bestimmt. Dabei vermittelt das Verschuldensprinzip zwischen dem mit der Prävention bezweckten Rechtsgüterschutz und der grundsätzlich vorrangigen Handlungsfreiheit des Privatrechtssubjekts. Neben der Gefährdungshaftung werden allerdings im Falle der Gefahr- und Risikoerhöhung mit den Verkehrspflichten und einzelnen Beweiser-

---

[500] Vgl. Staudinger/*Belling*, BGB, § 831 Rdnr. 2; treffend *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 241 ff. („*§ 831 BGB als geronnene Verkehrspflicht*“); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 128; Soergel/*Krause*, BGB, § 831 Rdnr. 3, m.w.N.

[501] Soergel/*Krause*, BGB, § 831 Rdnr. 3; krit. zu der Risikoerhöhung durch Arbeitsteilung aber MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 831 Rdnr. 30.

[502] OLG Nürnberg, NJW–RR 2004, 1254 (1255), spricht daher von „*einem gesetzlich geregelten Beispiel einer Verkehrssicherungspflicht*“; ferner MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 831 Rdnr. 11; Palandt/*Sprau*, BGB, § 823 Rdnr. 45; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 475; *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, S. 694.

[503] Hierzu instruktiv *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten, passim.

[504] So mit Recht Soergel/*Krause*, BGB, § 823 Anh. II Rdnr. 63; im Überblick (auch zu der teilweise widersprechenden Rechtsprechung) *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, Rdnrn. 7 f., m.w.N.

leichterungen das Verschuldensprinzip und damit die Handlungsfreiheit eingeschränkt. Als privatrechtsdogmatisches Fundament dient diesbezüglich das bewegliche System der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten bzw. Rechtsprinzipien zugunsten der Rechtsgüter Dritter. Schließlich wird das arbeitsteilige Handeln durch die Haftung für Gehilfen begrenzt.

§ 4 System und Prinzipien des Arztrechts

Das privatrechtliche System erfährt nun eine maßgebliche Modifikation durch arztrechtliche Maximen (im Sinne von ethischen Behandlungsgrundsätzen), vgl. A. I., und verfassungsrechtliche Schutzpflichten, vgl. A. II. Das arztrechtliche Grenzsystem fußt somit neben dem Privatrecht auf den Säulen der Ethik und des Verfassungsrechts. Nachdem diese ethischen und verfassungsrechtlichen Modifikatoren im Überblick dargestellt wurden, soll anhand der Troika Privatrecht, ärztliche Ethik und Verfassungsrecht ein arztrechtliches Grenzsystem entwickelt werden (vgl. B., C.).

A. Arztrechtliche Maximen und verfassungsrechtliche Schutzpflichten

I. Arztrechtliche Maximen

Das ärztliche Handeln und damit auch das Arztrecht werden grundlegend von ethischen Erwägungen geleitet: „*Der Arzt ist auch rechtlich aufgerufen, ethische Prinzipien zu verwirklichen.*“[505] Orientiert sich die Rechtsordnung vornehmlich am „*Richtigen Recht*“, dient in der Medizin „*der gute Arzt*“ als ethisches Leitmotiv.[506] Dabei kann hier nicht der Ort sein, um eine umfassende Darstellung ethischer Behandlungsgrundsätze vorzunehmen.[507] Ohnehin muss beachtet werden, dass das Arztrecht nicht allein ethisch begründet werden kann. Wie bereits ausgeführt, soll und muss im Lichte der Wertungsjurisprudenz auch und gerade im Arztrecht ein Ausgleich zwischen (außerrechtlichen) ethischen Prägungen und dem hohen Gut der Rechtssicherheit geschaffen werden. Ungeachtet dieses einschränkenden Hinweises bedarf es eingangs eines – wenngleich rudimentären – Überblicks über die maßgeblichen ethischen Grundsätze, die das Handeln eines Arztes prägen und steuern. Neben den Fundamentalprinzipien einer Rechtsidee, wie vor allem der Gerechtigkeit und dem Rechtsfrieden, wird das Arztrecht von medizinethischen Leitbildern geprägt. Pointiert formuliert: „*Die allgemeinen ethischen Grundsätze werden im Hinblick auf das Verhalten des Arztes geschmeidig gemacht.*“[508] Vor allem zwei arztrechtliche Maximen haben sich als fundamentale ethische Behandlungsgrundsätze im Sinne einer *arztrechtlichen Rechtsidee* für das Arzt-Patienten-Verhältnis herauskristallisiert:[509] Der Heilauftrag des Arztes und das Selbstbestimmungsrecht des Pati-

---

[505] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 13; vgl. auch zur „*Idee des Arztes*“ *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrecht, § 1 Rdnrn. 7 f.; ferner *Schimmelpfeng-Schütte*, MedR 2002, 286 (287).

[506] Diese Terminologie ist dem gleichnamigen, grundlegenden Lehrbuch der ärztlichen Grundhaltung von *Dörner* entlehnt.

[507] Als zentrale Quelle der ethischen Behandlungsgrundsätze kann bei allen näheren Ausdifferenzierungen weiterhin auf den Eid des Hippokrates verwiesen werden, abgedruckt u.a. in *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 1730. Weitergehend zu dem Einfluss der medizinischen Ethik auf das Arztrecht etwa nur *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 12 ff.; *Laufs*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. I Rdnrn. 1 ff.; *Dörner*, Der gute Arzt, passim; *Amelung*, Ethisches Denken in der Medizin, passim; *Illhardt*, Medizinische Ethik, passim; *P. Kirchhof*, in: FS Laufs, S. 931 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 ff., m.w.N.; zu dem überaus bedeutsamen Sonderfall der Ethik-Kommission etwa *Deutsch*, VersR 1989, 429 ff.

[508] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 12.

[509] Zu diesen arztrechtlichen Maximen *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 14, 18.; *Hufen*, NJW 2001, 849 (851 f.). Missverständlich diesbezüglich *Schelling*, Aufklärung über die Qualität, S. 8 ff., der von arztrechtlichen Prinzipien spricht, damit aber nicht die Rechtsprinzipien im technischen Sinne meint. *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 57, spricht mit Grund von dem Spannungsverhältnis zwischen Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht als „*neuralgischen Punkt innerhalb der*

enten. Sie verbinden sich zu einer partnerschaftlich gesteuerten medizinischen Behandlung.[510]

1. Heilauftrag des Arztes (salus aegroti suprema lex)

a. Anwendung der Regeln der medizinischen Wissenschaft

Der Heilauftrag des Arztes ist die oberste, das gesamte ärztliche Handeln bestimmende Richtschnur.[511] Dieser Behandlungsgrundsatz spiegelt sich in mehreren (Unter-) Maximen wider. So soll der Kranke unter Beachtung und Anwendung der Regeln der medizinischen Wissenschaft geheilt werden.[512] Mit der sozialstaatlichen Entwicklung[513] wird der Arzt dabei zusehends einem Spannungsverhältnis zwischen individuellem und gesellschaftlichem Heilauftrag ausgesetzt, vgl. § 1 Abs. 1 BÄO. Gleichwohl darf auch in Zeiten des Kostendrucks und des Wirtschaftlichkeitsgebots ein Normal- oder Mindeststandard nicht unterschritten werden.[514] Dies folgt schon aus der weiteren Ausprägung des ärztlichen Heilauftrages, dem Grundsatz des *Primum nihil nocere*:[515] In den Zeiten der modernen, teilweise aggressiven Hochleistungsmedizin steigen mit den Heilungschancen oftmals auch

---

Kontroverse um den ärztlichen Heileingriff"; zu den Auswirkungen dieser beiden Maximen auf die Arzthaftung näher *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 272. *Duttge*, in: Duttge/Engel/Zoll, Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht, S. 1 (5), erachtet die das Gendiagnostikgesetz tragenden Eckpfeiler Selbstbestimmungsrecht und Qualitätssicherung (im Sinne von Rechtsgüterschutz) als „*arzt- und medizinrechtliche Selbstverständlichkeiten*".

[510] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 19; umfassend hierzu *Laufs*, Der ärztliche Heilauftrag, passim.

[511] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 14; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 12 Rdnr. 51.

[512] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 14 f.; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 2 Rdnr. 8; *Schirmer/Fuchs*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 122 (128); umfassend ferner *Raabe*, Ärzte zwischen Heilauftrag und Kostendruck, passim. Daneben hat der Arzt auch zur Fortentwicklung der Wissenschaft beizutragen, vgl. wiederum *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 16.

[513] § 1 A II.

[514] BGH, NJW 1983, 2080 (2081); OLG Hamm 1993, 2387; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 220; *Steffen*, in: FS Geiß, S. 487 (496 f.); *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X Rdnrn. 20 ff. Problematisch ist ferner, ob und wenn ja, unter welchen Voraussetzungen, der sogenannte off-label-use vom Heilauftrag und damit vom ärztlichen Standard erfasst wird. Dies hat konkrete haftungsrechtliche Auswirkungen, vgl. *Walter*, NZS 2011, 361 ff.; *Göben*, in: FS Deutsch (2009), S. 179 (190).

[515] Teilweise wird der Grundsatz des *Primum nihil nocere* - neben *Primum utilis esse* - gegenüber dem ärztlichen Heilauftrag und dem Selbstbestimmungsrecht als separater Wert angesehen, so wohl *Krings*, in: Koslowski, Maximen in der Medizin, S. 3 Fn. 1. Allerdings lässt sich der ärztliche Heilauftrag nur unter Beachtung des *Primum nihil nocere* ausführen, sodass richtigerweise letzter Grundsatz ein Unterprinzip des ärztlichen Heilauftrags darstellt, vgl. auch *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, S. 104.

die Behandlungsrisiken.[516] Auf der einen Seite kann nicht verlangt werden, dass die Ärzte stets nach der aktuellsten Methode arbeiten.[517] Die entscheidende Hilfsfrage lautet hierbei: Ab wann ist es medizinisch nicht mehr vertretbar, nach einer älteren und deswegen risikoreicheren bzw. mit weniger Heilungschancen verbundenen Methode oder Apparatur zu arbeiten?[518] Allerdings verlangt das Haftungsrecht für diese Fälle, dass mäßige Behandlungsbedingungen durch höhere Anforderungen an die Organisation und Kooperation kompensiert werden.[519] Gleichzeitig – und dies ist die oftmals unbeachtete Seite der medizinischen Wissenschaft – wird die ärztliche Behandlungspflicht nicht allein durch die Möglichkeiten, das Machbare der Medizin bestimmt. Das wissenschaftlich Mögliche ist zugleich auf das ethisch Vertretbare hin zu überprüfen.[520] Dieser Konflikt zwischen rechtlich Möglichem und (ethisch) Unmöglichem zeigt sich vor allem in der palliativmedizinischen Versorgung, wenn es um die Frage geht, ob Maßnahmen zur Verlängerung des Lebens unterlassen oder nicht weitergeführt werden dürfen.[521] Der Heilauftrag reduziert und konkretisiert sich in diesen Fällen von einer Hilfe gegen auf eine Hilfe im Sterben.[522] Es gibt zusammenfassend im Rahmen der ärztlichen Behandlung Fälle, in denen der Arzt nicht den ganzen Umfang der medizinischen

---

[516] *Spickhoff*, NJW 2001, 1757 (1758); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 12; *Carstensen*, in: FS Deutsch (1999), S. 505 (507); *H.-L. Schreiber*, in: Kamp, Universitätsreden, S. 29 (32); überaus lehrreich zum Einfluss der Technik auf das ärztliche Handeln *Dörner*, Der gute Arzt, S. 312 ff.

[517] BGHZ 102, 17 = NJW 1988, 763 (764); *Taupitz*, AcP 211 (2011), 352 (392); *Steffen*, in: FS Geiß, S. 487 (496). Krit. ist aber die Ansicht in BGHZ 102, 17 = NJW 1988, 763 (764 f.), zu bewerten, wonach abhängig vom Ort der Behandlung (Universitätsklinikum oder Landkrankenhaus) der Behandlungsstandard variieren könne, dem beipflichtend *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 283 f.; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnrn. 135 ff.; *Taupitz*, AcP 211 (2011), 352 (369). Vielmehr gilt grundsätzlich ein einheitlicher Standard, wobei etwa in Universitätskliniken besondere Kenntnisse gleichwohl zu berücksichtigen sind, so überzeugend *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 548. Im Ergebnis darf es jedenfalls zu keiner Gesundheitsgefährdung des Patienten kommen.

[518] So prägnant *Taupitz*, AcP 211 (2011), 352 (392).

[519] BGH, NJW 1991, 1543 (1544), *Steffen*, in: FS Geiß, S. 487 (496). Zu der diesbezüglichen Problematik der Organisationsaufklärung *Hart*, MedR 1999, 47 ff. Näher zum Zusammenspiel von Risiko und daraus folgender Sorgfaltsanforderung soeben § 3 B I 2.

[520] Vgl. insoweit IV Nr. 2 aus den Einbecker Empfehlungen, im Auszug abgedruckt u.a. in *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 684.

[521] Vgl. die Grundsätze der Bundesärztekammer zu den ärztlichen Pflichten bei Sterbenden *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 682. Das LG Karlsruhe, NJW 1992, 756, hat etwa das Begehren abgelehnt, einen ohne Aussicht auf Besserung im Sterben liegenden Patienten an eine Beatmungsmaschine anzuschließen. Allgemein zur passiven Sterbehilfe aus strafrechtlicher Sicht *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 216 StGB Rdnrn. 6 ff. Diese Problematik stellt sich freilich in gleicher Weise im Bereich der Früheuthanasie, hierzu näher *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. VI Rdnrn. 160 ff.

[522] Treffend insoweit *Laufs*, NJW 1991, 1516 (1519): „*Der Arzt ist nicht Herr über Leben und Tod. Er schuldet Hilfe, auch im, aber nicht zum Sterben.*“; hierzu ferner *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 132 Rdnr. 6; *Otto*, NJW 2006, 2217 (2222); *Klöpperpieper*, FPR 2010, 260 (263); rechtsvergleichend aus dem französischen Recht *Nitschmann*, MedR 2008, 133 ff.

Behandlungsmöglichkeiten ausschöpfen muss und darf.[523] Der ärztliche Heilauftrag findet damit in den Regeln der medizinischen Wissenschaft ein konkretisierendes und gleichzeitig beschränkendes Element.

b. Vertrauen des Patienten

Der Heilauftrag des Arztes korrespondiert mit dem Vertrauen des Patienten: „*Ärztliches Handeln gründet unauflöslich auf einem Vertrauen des Patienten in den Arzt, und auf der ethischen Zumutung an den Arzt, dem zu genügen*."[524] Die Wissenschaft erweist sich nur dann als heilungsfördernd, wenn sie von einem Patientenvertrauen flankiert wird. Vertrauen allein kann schon den Heilungsauftrag ausfüllen; man denke nur an den Placebo-Effekt.[525] In der oftmals existenziellen Situation kann sich der Einzelne darauf verlassen, dass der Arzt die Heilung (im weiten Sinne) in den Mittelpunkt seiner Behandlung rückt. Dieses Vertrauen ist Voraussetzung und damit Grundlage eines erfolgreichen Genesungsprozesses. Eine gedeihliche Behandlung und damit der ärztliche Heilauftrag setzen ein Arztvertrauen voraus; über den körperlichen Zustand hinaus werden Ängste, erlittene Schicksale oder weitere Auszüge aus der tiefsten Intimsphäre offenbart.[526] Der ärztliche Heilauftrag kann nur dann erfüllt werden, wenn sich die Behandlung auf ein funktionierendes Vertrauensverhältnis stützt. Daher gilt: Das Vertrauen gründet im Heilauftrag und die (erfolgreiche) Ausführung des Heilauftrags im Vertrauen.[527] Auf diese Weise werden allgemeine privatrechtliche Pflichten entscheidend modifiziert.[528]

Vertrauen resultiert damit aus der dem ärztlichen Heilauftrag innewohnenden Freiheit des Handelns, konkret aus der Therapiefreiheit des Arztes. Aus diesem Grund wird Vertrauen zuerst dem anderen Menschen, dem Arzt, geschenkt, indem man ihn als Persönlichkeit im Sinne einer Vertrauensperson akzeptiert, „*als ordnendes und nicht willkürliches Zentrum eines Systems von Handlungen, mit dem man sich verständigen kann*."[529] Vertrauen ist damit nach *Luhmann* „*die generalisierte Erwartung, dass der andere seine Freiheit, das unheimliche Potential seiner Handlungsmöglichkeiten, im Sinne seiner Persönlichkeit handhaben wird – oder genauer, im Sinne der Persönlichkeit, die er als die seine dargestellt und sozial sichtbar gemacht hat*."[530] Der einzelne Patient legt sein

---

[523] Vgl. IV Nr. 3 aus den Einbecker Empfehlungen, im Auszug abgedruckt u.a. in *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 684.

[524] Treffend *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 9.

[525] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 3.

[526] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 17.

[527] Rechtsgüterschutz und Schutz des Vertrauensverhältnisses können daher grundsätzlich nicht separat beleuchtet werden.

[528] Vgl. stellvertretend zum Einfluss der Vertrauensbeziehung auf den schuldrechtlichen Grundsatz des Vorrangs der Nacherfüllung *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 ff.

[529] *Luhmann*, Vertrauen, S. 48.

[530] *Luhmann*, Vertrauen, S. 48.

Schicksal in die Hände des Arztes in der Hoffnung, dass dieser sein Wissen, seine ärztliche Handlungsfreiheit, seinen Heilauftrag in den Dienst des Gegenübers (scil. Patienten) stellt. Das Vertrauen im Rahmen einer Arzt-Patienten-Beziehung ist demnach primär ein *persönliches Vertrauen*. Diese besondere, persönliche Vertrauensverbindung zwischen Arzt und Patient erfährt dann eine Lockerung, wenn der Patient einem Ärzteteam gegenübersteht.[531] Dies ist in den Zeiten der modernen, arbeitsteiligen Medizin mittlerweile zur Regel geworden.[532] So ist konsequenterweise auch *Luhmann* nicht bei seiner Vertrauensanalyse auf der personal-relativen Ebene stehengeblieben. Die moderne Sozialordnung differenzierter Gesellschaften sei viel zu komplex, als dass mit solch einer Orientierung an Personen allein das lebensnotwendige soziale Vertrauen geschaffen werden könnte.[533] Daher verweist er auf sekundärer Ebene auf das sogenannte Systemvertrauen, das unpersönliche Vertrauen.[534] Der Patient vertraut in diesem Sinne auf ein funktionierendes Gesundheitssystem, im konkreten Behandlungsverhältnis aber insbesondere nicht nur dem einzelnen Arzt, sondern zugleich einem ganzen Ärzteteam.[535] Dies schließt jedoch nicht aus, dass auch in den Zeiten moderner, arbeitsteiliger Medizin aus vielfältigen Gründen eine besondere Vertrauensbeziehung zu einem bestimmten Arzt eines solchen Ärzteteams besteht. Eher ist zu vermuten: Mit der zunehmenden Arbeitsteilung steigt gleichfalls das Bedürfnis des einzelnen Patienten nach individueller Zuneigung. Es bleibt dabei, dass das Behandlungsverhältnis im Ausgangspunkt ein persönliches Vertrauensverhältnis ist.

So wie der einzelne Patient vor den besonderen, erhöhten Gefahren der Behandlung durch wechselnde Ärzte zu schützen ist,[536] unterliegt das relativ-personalisierte Vertrauensverhältnis in den Zeiten der modernen, arbeitsteiligen Medizin ebenfalls einem besonderen Schutz. So nimmt beispielsweise die Rechtsprechung im Falle einer besonders engen Beziehung zu einem Arzt einer Gemeinschaftspraxis auch nur einen Vertrag mit dem bestimmten (Vertrauens-) Arzt an.[537] Allein auf diese Weise kann gewährleistet werden, dass der individuelle Heilauftrag des Arztes in den vertraglichen Pflichten verankert und damit gestärkt wird.[538] Insgesamt kann der ärztliche Heilauftrag allein innerhalb eines bestehen-

---

[531] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 23.

[532] Vgl. § 1 A IV.

[533] So treffend *Luhmann*, Vertrauen, S. 59.

[534] Hierzu eingehend nochmals *Luhmann*, Vertrauen, S. 60 ff., u.a. mit dem Beispiel des Vertrauen in die Stabilität des Geldwertes. Die aktuelle Finanzkrise ist damit eine klassische Vertrauenskrise.

[535] Diesbezüglich bereits *Deutsch*, ArztR 1980, 289 (291).

[536] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 23; zu der Gefahrerhöhung durch die arbeitsteilige Medizin erneut § 1 A IV.

[537] OLG Oldenburg, VersR 1997, 1492; VersR 1998, 1421; hierzu näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 81.

[538] Damit folgt im Ergebnis aus dem Heilauftrag auch die privatrechtliche Ausgestaltung des Arzt-Patienten-Verhältnisses, hierzu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 20.

den Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient gewährleistet werden. Deswegen wird er im Wesentlichen durch die Anwendung der Regeln der medizinischen Wissenschaft und das Vertrauen des Patienten determiniert. Wissenschaft und Vertrauen, Ratio und Emotio, liegen dem ärztlichen Heilauftrag als Fundament zugrunde.

2. Selbstbestimmungsrecht des Patienten (voluntas aegroti suprema lex)

a. Schrankenfunktion

Lässt sich der ärztliche Heilauftrag schon dem Hippokratischen Eid entnehmen, ist das Selbstbestimmungsrecht hingegen ein modernes Phänomen.[539] Die Vernunft des einzelnen Subjekts wurde durch die aufklärerische Emanzipation vom äußeren Zwang, etwa der Religion, zur vorherrschenden Moralquelle.[540] Die Autonomie hat allgemein im Arztrecht bei der Patienteneinwilligung und konkret beim sogenannten *informed consent*[541] seinen wesentlichen Anwendungsbereich.[542] Das Selbstbestimmungsrecht schränkt den Umfang des ärztlichen Heilauftrages in diesem Fall maßgeblich ein. Der behandelnde Arzt folgt innerhalb eines weiten Ermessensspielraumes seinem Heilungsauftrag; der Patient hingegen kann als Subjekt über seinen Körper autonom verfügen.[543] Der Behandelnde kann damit seinem Heilauftrag nur im Rahmen des Selbstbestimmungsrechts des Patienten als Leitplanke ärztlichen Wirkens nachkommen. Der Kranke hat einen moralischen Anspruch auf Selbstverwirklichung und Nichttäuschung.[544] Grundsätzlich gilt daher: *voluntas aegroti suprema lex*.[545] Im Rahmen der Patientenaufklärung tritt in besonderer Weise das Vertrauensverhältnis, die Partnerschaft Arzt-Patient in den Vordergrund.[546] Die Figur des *informed consent* wird auf ethischer Ebene von einem „*unsichtbaren Band*" des gegenseitigen Vertrauens geleitet. Dieses wechselseitige Vertrauen hat zwar primär eine ethische Funktion gegenüber dem Patienten, da dieser auf der Basis der Aufklärung eine für ihn nicht selten grundlegende Entscheidung treffen muss. Der dargestellte Grundsatz der Selbstverantwortung führt aber auch zu einer ethischen Verpflichtung gegenüber dem Arzt: Das frühere

---

[539] Vgl. den historischen Überblick bei *Vollmann*, Patientenselbstbestimmung, S. 23 ff.

[540] Hierzu näher die weiterführende Darstellung bei *Dörner*, Der gute Arzt, S. 12.

[541] Diesbezüglich eingehend § 4 C I.

[542] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 18.

[543] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 243.

[544] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 247, m.w.N.

[545] Dies folgt mittlerweile nicht zuletzt aus § 1901a BGB, hierzu zuletzt BGH, NJW 2011, 161 (162); allgemein ferner Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 52.; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60 Rdnr. 13; *Uhlenbruck*, in: FS Deutsch (2009), S. 663 (667); *Diehn/Rebhahn*, NJW 2010, 326 (328); *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 223 StGB Rdnr. 11; *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 132 Rdnr. 34; *Gaede*, NJW 2010, 2925 (2926). Zu der Ausnahme des humanitären Prinzips sogleich § 4 A I 2 b.

[546] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 19.

paternalistische Arztbild wirkte überhöht, ja unmenschlich. Eine fehlende Aufklärung des Patienten belässt neben der juristischen vor allem auch die ethisch-moralische Verantwortung für den Heileingriff beim behandelnden Arzt. Die Patientenaufklärung führt jedoch zu einer ethischen Mitverantwortung des Patienten, die sich als Kehrseite des Selbstbestimmungsrechts zeigt.[547] Insofern gilt erneut: Mit der Selbstbestimmung geht gleichzeitig auch Selbstverantwortung einher. Allerdings dürfen die Grenzen der Zumutbarkeit nicht überschritten werden. Wie sich vor allem im Bereich der Gendiagnostik zeigt, bedarf es eines Rechts auf Nichtwissen[548], um einer individuellen Überforderung, vor allem im Falle (unheilbarer) hereditärer Vorerkrankungen,[549] vorzubeugen. Auf die Aufklärung als subjektives Recht kann deswegen ausdrücklich oder konkludent – wenngleich unter strengen Voraussetzungen – verzichtet werden.[550] Das Selbstbestimmungsrecht allgemein und konkret die Patientenaufklärung dient im Ergebnis der Verwirkung eines ethischen Anspruchs; sie humanisiert das Recht.

Zum zweiten umfasst das Selbstbestimmungsrecht des Patienten darüber hinaus die Befugnis, über die eigenen persönlichen Daten umfassend zu disponieren. Damit korrespondiert die ärztliche Pflicht, schweigsam zu sein und auf diese Weise seine Berufsgeheimnisse zu wahren. Im Unterschied zur noch relativ jungen Selbstbestimmungsaufklärung gilt bereits seit *Hippokrates* die ärztliche Tätigkeit als „*ars muta*“.[551] Dieser ethische Behandlungsgrundsatz schränkt den ärztlichen Heilauftrag auf der einen Seite ein, ergänzt ihn aber auch insofern, als dass er vertrauensstiftend wirkt, macht der Patient doch seine Persönlichkeit im Sinne *Luhmanns* sozial sichtbar.

---

547 Hierzu instruktiv *Laufs*, NJW 2000, 1757 ff., unter Bezugnahme auf Hippokrates: „*Nicht der Arzt allein muss bereit sein, dass Notwendige zu tun*.“ Zur aktuell vermehrt diskutierten Eigen- und Mitverantwortung („*compliance*“) des Patienten bei der Durchführung der gebotenen therapeutischen Maßnahmen ferner OLG München, Beschl. v. 26.04.2006 - 1 U 2449/06, Juris, Rdnr. 20; OLG Naumburg, Urt. v. 14.08.2008 - 1 U 8/08, Juris, Rdnr. 70; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 61; *Stegers*, ZMGR 2010, 129 ff.; zum Arzneimittelrecht *Koyuncu*, PharmR 2005, 289 ff.; zum „*mündigen Patienten*“ im Heilmittelwerberecht *Buchner*, MedR 2010, 1 ff.

548 Allgemein hierzu *Taupitz*, in: FS Wiese, S. 583 ff; speziell aus dem Bereich der Gendiagnostik etwa *Kersten*, JZ 2011, 161 ff.; *Damm*, MedR 1999, 437 ff.

549 Aus humangenetischer Sicht hierzu etwa *W.G. Ballhausen*, Annals of the New York Academy of Sciences 910 (2000), 36 ff.

550 BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811 (813); NJW 1973, 556 (558); *Deutsch/Spickhoff*, Rdnr. 320; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rdnr. 34; BGB-RGRK/*Nüßgens*, § 823 Anh. II Rdnrn. 141 ff.; *Harmann*, NJOZ 2010, 819 ff.; *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie, passim; für das österreichische Recht OGH, JBl. 1983, 373.

551 *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 634; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 1.

b. Ergänzungsfunktion

Damit ist sogleich die Ergänzungsfunktion des Selbstbestimmungsrechts angesprochen. Der ärztliche Heilauftrag wird durch das Selbstbestimmungsrecht handhabbar gemacht. So äußert sich etwa in der selbstbestimmten Einwilligung in einen Behandlungseingriff das entgegengebrachte Patientenvertrauen als Basis des Heilauftrages. Erst der partnerschaftliche Dialog zwischen Arzt und Patient gewährleistet die individuelle Behandlung und damit die jeweils am Einzelfall ausgerichtete Heilung.[552] Heilauftrag und Selbstbestimmung sind damit in einem partnerschaftlichen Verhältnis verbunden.[553] Die Verflechtung von Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht zeigt sich dabei deutlich in zwei Sonderfällen der Patientenaufklärung: Einmal bei der Qualitätsaufklärung und zum anderen beim sogenannten humanitären Prinzip. Im Rahmen der Qualitätsaufklärung stellt sich wiederholt die Frage, ob der behandelnde Arzt darauf hinweisen muss, dass die Behandlung andernorts auf einem höheren Niveau erfolgt.[554] Bestehen für die Durchführung einer konkreten Behandlung in einer anderen Einrichtung eindeutig bessere Rahmenbedingungen, die signifikant größere Heilungschancen in Aussicht stellen,[555] folgt zum einen aus dem Heilauftrag des Arztes und zum anderen aus dem Selbstbestimmungsrecht des Patienten eine entsprechende Aufklärungspflicht. Bei dem humanitären Prinzip hingegen wird das Postulat der Nichttäuschung durch den Heilungsauftrag allgemein bzw. konkret durch den Grundsatz *Primum nihil nocere* modifiziert.[556] Dann darf ausnahmsweise im Sinne des Heilungsauftrags von einer Patientenaufklärung und damit entgegen der Schranke des Selbstbestimmungsrechts auf die Aufklärung verzichtet werden. Es gilt: *Salus aegroti suprema lex*. Diese beiden Beispiele sollen verdeutlichen, dass der ärztliche Heilauftrag und das Selbstbestimmungsrecht des Patienten im Rahmen einer partnerschaftlichen, beide Behandlungsgrundsätze berücksichtigenden Beziehung symbiotisch wirken.[557] Innerhalb des Patientenwillens muss ein Höchstmaß an ethisch vertretbarer Heilung angestrebt werden. Dieses dargestellte ethisch-oszillierende

---

[552] Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 373.

[553] Hierzu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 19.

[554] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 279; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rdnr. 29; ablehnend etwa *Pflüger*, MedR 2000, 6 ff.; zustimmend hingegen *Hart*, MedR 1999, 47 ff. Umfassend *Schelling*, Aufklärung über die Qualität der Behandlung, passim. Zum diesbezüglichen Problemfeld des *informed contract* eingehend § 4 B IV.

[555] Dazu BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655; BGHZ 102, 17 = NJW 1988, 763 (764); OLG Braunschweig, MedR 1989, 147; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 279; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rdnr. 29; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 780; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 381.

[556] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 321.

[557] Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 373.

System von Heilauftrag und Selbstbestimmungsrecht fasst *Wiethölter* zielführend zusammen: „*Salus ex voluntate, voluntas pro salute, salus et voluntas.*“ [558]

II. Verfassungsrechtliche Schutzpflichten

1. Rechtsgüterschutz

Neben den ethischen Behandlungsgrundsätzen erfährt das privatrechtliche System ferner eine entscheidende Modifikation durch die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten.[559] Die Grundrechte entfalten im privatrechtlichen System, insbesondere im Bereich der Materialisierung der Privatautonomie und des Rechtsgüterschutzes, einen breiten Wirkungskreis.[560] Daher liegt es nahe, dass die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten in der Arzt-Patienten-Beziehung eine verstärkte Bedeutung erlangen. Zwischen beiden Behandlungsteilnehmern besteht regelmäßig ein erhebliches Informations- bzw. Autoritätsgefälle, sodass eine tatsächliche Selbstbestimmung im Sinne der materialen Privatautonomie im Regelfall nicht vorliegt. Zudem sind bei einer ärztlichen Behandlung die einzelnen Rechtsgüter Leben und Gesundheit im erhöhten Maße einer Gefährdung ausgesetzt.[561] Ein jeder ärztlichen Behandlung liegt grundsätzlich ein Eingriff in die einzelnen Rechtsgüter zugrunde.[562] Die Selbstbestimmung und die betroffenen Lebensgüter bedürfen damit im Arztrecht eines besonderen Schutzes. Steht beim ärztlichen Handeln der Heilauftrag mit dem Grundsatz *Primum nihil nocere* im Vordergrund, führen gleichwohl die Chancen (und Versuchungen) der modernen Medizin mit den damit einhergehenden Risiken zu einem verstärkten Bedarf an verfassungsrechtlichem Schutz. Damit fällt den Schutzpflichten im Rahmen einer ärztlichen Behandlung eine maßgebliche Schutzfunktion zu.[563] Der ärztliche Heilauftrag ist in diesem Lichte nicht allein

---

[558] *Wiethölter*, in: Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (111); *H.-L. Schreiber*, in: FS Starck, S. 111 ff., stellt die Frage: salus aut voluntas aegroti suprema lex?

[559] Nicht näher eingegangen werden kann und soll an dieser Stelle auf das Zusammenspiel von Verfassungsrecht und Ethik. So bezeichnet etwa *Schmitt-Glaeser*, BayVBl. 1995, 577 (580), die Grundrechte als einen „*Kanon ethischer Werte*“. Für die vorliegende Erörterung genügt jedoch die Erkenntnis, dass das Verfassungsrecht jedenfalls neben der medizinischen Ethik auf das privatrechtliche System modifizierend einwirkt und damit zur Entwicklung des arztrechtlichen Systems beiträgt.

[560] Hierzu bereits eingehend § 3 A I 2 a.

[561] Daher sind u.a. die Anforderungen an die Patientenaufklärung bei den altruistisch motivierten Patienteneinwilligungen auch besonders hoch, vgl. hierzu *Spickhoff*, NJW 2006, 2075 (2075 f.); allgemein ferner *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 29; *Steiner*, Der Schutz des Lebens, S. 8 ff.; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen, S. 19 f.

[562] *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 25. Zu der damit einhergehenden Verwirklichung des Tatbestands der Körperverletzung § 4 C I 1 a.

[563] So zu Recht wiederum *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 157; *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 11 f. *Bogs*, ZfS 1983, 99 (100), bezeichnet vor diesem Hintergrund das

ein ethischer, sondern zugleich ein verfassungsrechtlicher Grundsatz. Die Rechtsgüter Leben und körperliche Unversehrtheit bzw. Gesundheit werden vom Grundgesetz in Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG geschützt. Sie sind ursprünglich vom Gesetzgeber als Abwehrrecht gegen jedwede staatliche Eingriffe konzipiert worden.[564] Allerdings ist diese Kategorisierung vom *BVerfG* durch die Anerkennung einer staatlichen Schutzpflicht erweitert worden:[565] Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG als Bestandteil einer grundrechtsgeprägten Werteordnung erwachsen den staatlichen Gewalten eine allgemeine Verantwortung sich „*schützend und fördernd*“ vor die bedrohten Rechtsgüter zu stellen.[566] Diese Pflicht lässt sich dazu aus Art. 2 EMRK entnehmen.[567] Als Ausprägung seiner Schutzpflicht stellt sich der Staat an die Seite des durch einen anderen Privaten (Arzt) (potentiell) gefährdeten Patienten.[568] Dieser Schutzmechanismus kann – dies entspricht medizinrechtlicher Tradition – auf vielfältige Art und Weise praktische Umsetzung erfahren: Aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG wurde etwa ein Gesetzesvorbehalt für die Errichtung gentechnischer Anlagen abgeleitet.[569] Im Arzneimittelrecht trägt darüber hinaus die Arzneimittelzulassung den Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG Rechnung.[570] In diesen Fällen rein technischen Risikopotentials kann sich ein verwaltungsrechtliches Genehmigungsverfahren als effektiv erweisen; ein derartiger Kontrollmechanismus kann und sollte im Lichte der Therapiefreiheit bei der ärztlichen Tätigkeit – abgesehen von der zu erteilenden Approbation – nicht etabliert werden.[571] Nicht zuletzt durch die Verantwortung für die Rechtsgüter Dritter[572] kommt gleichwohl im

---

medizinische Behandlungsverhältnis treffend als „*ein hochgradig grundrechtssensibles Verhältnis des Patienten und Rehabilitanden zu einem […] Träger konzessionierter Heilgewalt*.“

[564] *Steiner/Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 11; *Di Fabio*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 2 Abs. 2 S. 1 Rdnr. 51.

[565] BVerfGE 39, 1 = NJW 1975, 573 (575). Ebenso: BVerfG NJW 1988, 1651 (1653); BVerfGE 79, 174 = NJW 1989, 1271 (1274); NVwZ 1997, 158; NJW 1997, 2509; NJW 1998, 975 (976); NJW 1998, 2961 (2962); NVwZ 2000, 309 (310); BVerfGE 115, 118 = NJW 2006, 751 (760); NVwZ 2009, 171 (172); NVwZ 2009, 1489; NVwZ 2009, 1494 (1494 f.); NVwZ 2010, 114 (115). Eine abwehrrechtliche Herleitung der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten wird demgegenüber vor allem von *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik, S. 213 ff., vertreten. Zu der diesbezüglichen Verfassungsdogmatik im Überblick *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 26 ff., m.w.N.

[566] BVerfGE 39, 1 = NJW 1975, 573 (575); *Steiner/Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 13; *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen, S. 19; für das Vertragsrecht näher *Weller*, Vertragstreue, S. 177 ff.; für das Verwaltungsrecht *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik, S. 89 ff.

[567] Vgl. nur *Berka*, Grundrechte, S. 214 ff., mit den Folgen für das österreichische Recht.

[568] *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 22; *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit, S. 6 ff.

[569] VGH Kassel, NJW 1990, 336 ff.; vgl. auch *Spickhoff*, in: Deutsch/Schreiber/Spickhoff/Taupitz, Klinische Prüfung, S. 9 (24); *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik, passim.; *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 25.

[570] BVerwG, NJW 1993, 3002 (3003).

[571] *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 25.

[572] Vgl. § 3 B I 2.

Arztrecht der Installation eines verfassungsrechtlichen Schutzpflichtensystems eine erhöhte Bedeutung zu. Dadurch werden auch die Berufsfreiheit des Arztes und damit die Ausführung des ärztlichen Heilauftrags gestärkt.[573] Der Einfluss des Rechtsgüterschutzes und damit der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten auf das Arzt-Patienten-Verhältnis ist im Ergebnis vielfältig und allgemeine privatrechtliche Grundsätze modifizierend.

2. Selbstbestimmungsrecht des Patienten

Dieser verfassungsrechtliche Einschlag erfasst neben dem Rechtsgüterschutz ferner das Selbstbestimmungsrecht des Patienten. Innerhalb einer medizinischen Behandlung aktualisiert sich das Selbstbestimmungsrecht in zahlreichen Bereichen. Besonders deutlich tritt die Bedeutung dieses Patientenrechts bei den Informationsrechten und bei der ärztlichen Schweigepflicht bzw. allgemein beim Datenschutz an das Tageslicht.

a. Informationsrechte

Wie soeben angedeutet, ist das Arzt-Patienten-Verhältnis von einem starken Informations- und damit auch Autoritätsgefälle geprägt. Damit ist ein selbstbestimmtes Handeln für den Patienten regelmäßig nur unter der Voraussetzung einer umfangreichen Aufklärung möglich, soll sich die Selbstbestimmung nicht in eine Fremdbestimmung verkehren. Dem Gedanken der Materialisierung kommt demnach im Arztrecht eine herausragende Bedeutung zu. Dem Erfordernis der Aufklärung und der darauf fußenden Einwilligung durch den Patienten liegt damit neben der erwähnten ethischen Wurzel auch und vor allem eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zugrunde. Dies folgt für das Recht, über das *Ob* und *Wie* einer ärztlichen Behandlung zu entscheiden, ebenfalls aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG.[574] Dabei soll und kann durch die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten keine umfassende informationelle Gleichheit zwischen Arzt und Patient geschaffen werden; vielmehr hat der Patient einen Anspruch darauf, soweit informiert zu werden, dass er eine ausgewogene, Vor- und Nachteile einer Behandlung berücksichtigende

---

[573] *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen, S. 38 ff.; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 250.

[574] So bereits das Sondervotum BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1930 f.); jetzt ständige Rechtsprechung vgl. BVerfGE 89, 120 = NJW 1994, 1590 (1591); NJW 2009, 2804 (2805); BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113 (2115). Vgl. auch *Steiner/Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 12; *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 2 Rdnr. 36, m.w.N. Zuvor hatte BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1930), allein auf Art. 2 Abs. 1 GG rekurriert. Ausführlich im Überblick über die Rechtsgrundlagen des Selbstbestimmungsrechts ferner *Hollenbach*, Grundrechtsschutz, S. 50 ff.

Entscheidung treffen kann.[575] Erst dann wird der Patient aus seiner Objekt- in eine Subjektrolle erhoben, sodass Arzt und Patient partnerschaftlich die für den konkreten Einzelfall treffende Behandlungsmethode auswählen können. Diese Argumentation weist – dies kann an dieser Stelle als Zwischenergebnis genügen – nicht zu verleugnende Ähnlichkeiten mit der Materialisierungsdebatte im Rahmen der Privatautonomie auf.[576]

b. Recht auf informationelle Selbstbestimmung

Vielfach unbeleuchtet bleibt im Arztrecht die verfassungsrechtliche Bedeutung des Selbstbestimmungsrechts im Bereich der ärztlichen Schweigepflicht bzw. allgemein beim Datenschutz. Als Ausprägung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung gemäß Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG ist es grundsätzlich jedem Einzelnen gewährt, selbst über die Preisgabe und Verwendung seiner persönlichen Daten zu bestimmen.[577] Das Selbstbestimmungsrecht des Patienten hat damit keine allgemeingültige Rechtsgrundlage; vielmehr muss für den Einzelfall das jeweils thematisch betroffene Grundrecht herangezogen werden.[578] Diesbezüglich beschränkt sich das Grundrecht erneut nicht mehr allein auf seine Funktion als Abwehrgrundrecht. Weiterführend existiert eine staatliche, objektivrechtliche Pflicht, den Patienten vor der ungewollten Preisgabe der eigenen Daten zu schützen.[579] Dieser Schutzpflicht kam der Staat im Bereich der Legislative durch die Pönalisierung des Verstoßes gegen die ärztliche Schweigepflicht gemäß § 203 StGB nach. Das Telos der ärztlichen Schweigepflicht liegt dabei in dem besonderen Schutz der Vertrauensbeziehung Arzt-Patient.[580] Der staatliche Schutz des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung bedeutet damit gleichzeitig auch den Schutz der Vertrauensbeziehung Arzt-Patient. Nach dem *BVerfG* kann nur durch die Achtung der ärztlichen Schweigepflicht „*zwischen Arzt und Patient jenes Vertrauen entstehen, das zu den Grundvoraussetzungen ärztlichen Wirkens zählt*“.[581] Dadurch korrespondiert das Recht auf informationelle Selbstbestimmung mit dem ärztlichen Heilauftrag. Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung und damit des

[575] Vgl. *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 2 Rdnr. 50.
[576] Zu der durch das Informationsprinzip materialisierten Vertragsfreiheit bereits § 3 A I 2 b.
[577] Vgl. nur BVerfG, MedR 2007, 351 (352); *Steiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 2, je m.w.N. Umfassend zum Recht auf Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht *Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung, passim; für den Bereich der medizinischen Forschung etwa *Taupitz*, Biomedizinische Forschung, passim; *Halasz*, Recht auf biomaterielle Selbstbestimmung, passim; *Pöttgen*, Medizinische Forschung und Datenschutz, S. 32 ff. et passim.
[578] So überzeugend *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161 (167).
[579] BVerfG, MedR 2007, 351 (352).
[580] Vgl. nur *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 9 MBO Rdnr. 1.
[581] BVerfGE 32, 373 = NJW 1972, 1123 (1124).

Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient muss vor diesem Hintergrund auch und vor allem durch die Gerichte umfassend berücksichtigt werden.

III. Zwischenergebnis

Das privatrechtliche System unterliegt im Arztrecht durch die ethischen Behandlungsgrundsätze und die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten weitgehenden Modifikationen. Dabei sind der ärztliche Heilauftrag bzw. der daraus abgeleitete Rechtsgüterschutz und das Selbstbestimmungsrecht sowohl ethische als auch verfassungsrechtliche Fundamentalprinzipien. Paternalismus und Selbstbestimmungsrecht skizzieren eine grundlegende arztrechtliche Antinomie. Sie sind – dieser Verweis auf *Wilhelm Busch* sei abschließend gestattet – „*Nachbarskinder*“:[582]

„*Wer andern gar zu wenig traut,*
Hat Angst an allen Ecken;
Wer gar zu viel auf andre baut,
Erwacht mit Schrecken.

Es trennt sie nur ein leichter Zaun,
Die beiden Sorgengründer;
Zu wenig und zu viel Vertraun
*Sind Nachbarskinder.*ò

[582] „*Die Nachbarskinder*“ von *Wilhelm Busch*, zit. nach *Härtling*, Lebensalter, S. 107.

B. Verstärkter Rechtsgüterschutz und Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung

Auf der Grundlage des privatrechtlichen Systems und der soeben dargestellten Modifikatoren sollen nun im Folgenden die einzelnen, für die hier intendierte Grenzbildung maßgeblichen arztrechtlichen Prinzipien mit den jeweiligen Unterprinzipien herausgearbeitet werden. Getreu der dabei zugrundegelegten gemischt deduktiv-induktiven Arbeitsweise, bedarf ein rechtsethisches Prinzip sowohl einer ethischen als auch einer positivrechtlichen Verankerung. Die ethische Grundlage ergibt sich dabei in der Regel aus dem Sinn und Zweck einer Norm bzw. aus dem positivierten Verfassungsrecht, zusammenfassend aus der objektiv-teleologischen Auslegung.[583] Der einzelnen Norm liegt somit grundsätzlich das Streben nach der Verwirklichung der Rechtsidee zugrunde.[584] Arztrechtliche Vorschriften dienen vor diesem Hintergrund neben den allgemeinen Gedanken der Rechtsidee auch und vor allem der Verwirklichung des ärztlichen Heilauftrags bzw. des Selbstbestimmungsrechts des Patienten als wesentlichen medizinethischen Grundsätzen. Kurzgesagt: Ein verstärkter Rechtsgüterschutz und der Schutz des besonderen Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient sind Rechtsprinzipien des Arztrechts, sofern sie sich aus der teleologischen bzw. verfassungskonformen Auslegung des positiven Rechts ermitteln lassen. Die nachfolgenden Ausführungen sind dieser Suche gewidmet.

I. Persönliche Leistungserbringung

Der ärztliche Heilauftrag und damit der Rechtsgüterschutz bzw. die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient modifizieren den ärztlichen Pflichtenkreis dahingehend, dass beständig die Frage aufzuwerfen ist, ob im Lichte des ethischen Handlungsmaßstabs allgemeine privatrechtliche Prinzipien Geltungskraft entfalten können. Es wurde deutlich gemacht, dass sich ethische und rechtliche Pflichten nicht trennen lassen. Vielmehr gilt: Der ärztliche Heilauftrag ist Grundlage und Maßstab des ärztlichen Handelns.[585] Damit ist zugleich eine Grenze des ärztlichen Handelns abgesteckt, die sich sowohl vertrags- als auch haftungsrechtlich differenzieren lässt. Die objektiv-teleologische Auslegung beginnt bei der zentralen arztrechtlichen Grenze der modernen, arbeitsteiligen Medizin: dem Grundsatz der

---

[583] Diesbezüglich bereits § 2 A II 2 b.

[584] So überzeugend *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 454.

[585] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 14 f.; 17, m.w.N.; ferner *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2695).

persönlichen Leistungserbringung. Hiernach hat der vertraglich verpflichtete Arzt die von ihm geschuldeten medizinischen Leistungen im Zweifel in Person zu erbringen.[586] Die persönliche Leistungspflicht gehört zu den essentialia negotii des Behandlungsvertrages und ist damit der subjektiven Äquivalenz, der (formal) privatautonom getroffenen Entscheidung der Parteien über den Leistungsaustausch, zuzurechnen. Als privatrechtsdogmatischer Ausgangspunkt dient hierbei § 613 S. 1 BGB.[587] Diese Regelung wird im Einzelfall durch speziellere Normen aus dem Gebührenrecht, etwa § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ,[588] oder dem Sozialrecht, etwa § 15 Abs. 1 S. 1 SGB V,[589] ergänzt bzw. konkretisiert. Daneben wird dieser Grundsatz in zahlreichen weiteren Spezialnormen des Arztrechts angesprochen.[590] Im Ergebnis ist das Persönlichkeitspostulat als Bestandteil des arztrechtlichen Systems allgemein anerkannt bzw. wird als selbstverständlich vorausgesetzt. Die Wahl des § 613 S. 1 BGB als dogmatische Grundlage des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung impliziert freilich die privatrechtliche Natur des Behandlungsvertrages. Diese wird jedoch für das Vertragsverhältnis mit dem Kassenpatienten angezweifelt.[591] Im Folgenden bedarf es daher eingangs einer Überprüfung der Rechtsnatur des Behandlungsvertrages (vgl. 1.). Sollte die privatrechtliche Rechtsnatur festgestellt werden, kann im Anschluss die objektiv-teleologische Auslegung des § 613 S. 1 BGB als Ausgangsnorm erfolgen (vgl. 2.). Die hieraus gewonnen rechtsethischen Prinzipien werden aus aktuellem Anlass für die privatrechtsdogmatische Einordnung des Behandlungsvertrages fruchtbar gemacht (vgl. 3.). Mit dem Patientenrechtgesetz ist laut dem Eckpunktepapier des Patientenbeauftragten eine Kodifizierung des Behandlungsvertrags im BGB angedacht.[592] Da die Vorzüge der Systembildung, wie geschildert,[593] unter anderem in der Fortentwicklung hin zu einem „*Richtigen Recht*" liegen, soll – im Anschluss an die objektiv-teleologische Auslegung des § 613 S. 1 BGB – aus den gewonnen

---

[586] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 17.

[587] BGHZ 142, 126 = NJW 1999, 2731 (2732); *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 17; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 36; *Peikert*, MedR 2000, 352 ff.; MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 613 Rdnr. 3; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3378). Auch Literaturvertreter, die den Behandlungsvertrag grundsätzlich nicht als Dienstvertrag qualifizieren, beziehen sich beim Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht auf § 613 S. 1 BGB, vgl. nur Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, § 613 Rdnr. 10. Über § 630 b BGB soll nach dem Patientenrechtegesetz § 613 S. 1 BGB entsprechende Anwendung finden, vgl. auch den Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 24.

[588] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 17; *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3378).

[589] Hierzu näher *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 15 SGB V Rdnrn. 2 ff.

[590] An dieser Stelle wird auf die zahlreichen Nachweise bei *Wigge*, in: *Schnapp/Wigge*, Vertragsarztrecht, § 2 Rdnr. 47; *Peikert*, MedR 2000, 352 ff, verwiesen.

[591] Vgl. hierzu den Überblick bei *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 9, m.w.N.

[592] Vgl. hierzu das Eckpunktepapier zum Patientenrechtegesetz in MedR 2011, 236 ff.; ferner *Zöller*, MedR 2011, 229 f.; *v. Berswordt-Wallrabe/Di Bella*, RDG 2011, 194 f.

[593] Vgl. zu dieser Wertigkeit de lege ferenda § 2 B II 3.

Erkenntnissen heraus, eine systemkonforme privatrechtsdogmatische Qualifikation des Behandlungsvertrages erfolgen.

1. *Rechtsnatur des Behandlungsvertrages*

Die zuvor näher zu beleuchtende Thematik der Rechtsnatur des Behandlungsvertrages gehört zu den stetig betretenen Diskussionsfeldern des Arztrechts.[594] Folgende Konstellation ist dabei unstreitig: Der Vertrag zwischen einem Privatpatienten und dem Arzt/Krankenhausträger[595] unterliegt dem Privatrecht.[596] Er wird in der Regel dadurch geschlossen, dass sich der Patient in die Behandlung begibt und der jeweilige Arzt die Behandlung übernimmt.[597] Zweifel an der privatrechtlichen Natur des Behandlungsvertrages ergeben sich jedoch in der Konstellation Behandlungsseite/Kassenpatient aufgrund folgender sozialrechtlichen Einbettung:[598] Der Vertragsarzt steht zu der Kassenärztlichen Vereinigung in einem öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis; ebenso der Kassenpatient zu der Gesetzlichen Krankenkasse. Die Krankenkassen schulden ihren Mitgliedern und deren

---

[594] Vgl. stellvertretend *Lang*, in: Becker/Kingreen, SGB V, § 76 Rdnrn. 22 f., und die Nachweise in den folgenden Fn. Im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 22, wird die privatrechtliche Rechtsnatur des Behandlungsvertrages zwischen Kassenpatient und Behandlungsseite als selbstverständlich vorausgesetzt. Es wird sich zeigen, ob die Diskussion mit der Kodifikation des Behandlungsvertrages endgültig versanden wird. An dieser Stelle soll dessen ungeachtet eine kurze Darstellung dieses Streits erfolgen, da die bisherige Diskussion um neue, weil privatrechtssystematische Argumente angereichert werden soll, um auf diese Weise die Grundlage für eine privatrechtsdogmatische Integration des Arztrechts zu legen, vgl. § 4 B I 1 c.

[595] Die folgenden Ausführungen gelten in gleichem Maße für das Rechtsverhältnis mit dem Krankenhausträger, so auch BGHZ 163, 42 = NJW 2005, 2069 (2070); *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 9.

[596] Stellvertretend *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 2.

[597] Vgl. nur Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 102; *Quaas,* in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 2; umfassend zum Vertragsschluss Arzt/Patient *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 74 ff.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnrn. 20 ff. Zu den (Sonder-) Fällen des Vertragsschluss bei ärztlicher Notfallbehandlung *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 40 Rdnr. 31; bzw. fehlender Geschäftsfähigkeit *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 97 ff.

[598] Vgl. auch die Darstellung bei *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 80. Übersichtlich hierzu ferner *Clemens*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 24 Rdnrn. 32 ff. Interessant sind die Ausführungen von *Palsherm/Clemens*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 106 SGB V, Rdnr. 2, zu den (im Medizinrecht an Bedeutung gewinnenden) ökonomischen Auswirkungen dieser Viereckskonstruktion auf den Gesundheitsmarkt. Im Arzneimittelrecht stellt sich etwa die Problematik, dass sich de facto nicht der Patient, sondern der verschreibende Arzt als Nachfrager der Arzneimittel präsentiert, hierzu näher *Mand*, WRP 2008, 906 (910). Beim Vertrag mit dem Krankenhausträger wird aufgrund der Versorgungsverträge der Krankenhausträger mit den Gesetzlichen Krankenkassen eine Dreieckskonstellation zugrundegelegt, vgl. hierzu näher *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rdnr. 10. Für eine Abschaffung der Kassenärztlichen Vereinigungen und damit eine Dreieckskonstruktion auch im Vertragsarztrecht *Haft*, ZRP 2002, 457 ff.

Familienangehörigen aus diesem Mitgliedschaftsverhältnis, in der Regel als Sachleistung,[599] die ärztliche Versorgung. Dieser Pflicht kommen die Krankenkassen dadurch nach, dass sie einen sogenannten öffentlich-rechtlichen Gesamtvertrag mit den Kassenärztlichen Vereinigungen schließen. Es besteht nun schon seit vielen Jahren aufgrund dieser Viereckskonstruktion folgende Streitfrage: Kommen die Vertragsärzte mit der Behandlung der gesetzlich Versicherten lediglich ihrer vertragsärztlichen Versorgungspflicht aus § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V nach (*Versorgungskonzeption*) oder schließen sie einen eigenen privatrechtlichen Vertrag mit dem Kassenpatienten (V*ertragskonzeption*)?

a. Versorgungskonzeption

aa. Rechtsprechung des BSG

Dabei soll – in der gebotenen Kürze – auf die drei wesentlichen Argumentationsstränge des *BSG* hingewiesen werden: Zum einen wird darauf aufmerksam gemacht, dass die Behandlung nicht allein Sache des Arztes und des Patienten, sondern auch der beteiligten Krankenkasse und der Kassenärztlichen Vereinigung sei.[600] Der Leistungsinhalt werde durch das Wirtschaftlichkeitsgebot maßgeblich bestimmt.[601] So könne der Vertragsarzt nur die zum Erreichen des Heilerfolges notwendigen und wirtschaftlichen Leistungen erbringen. Die inhaltliche Gestaltungsfreiheit des Behandlungsverhältnisses sei in vielen Punkten nicht gegeben bzw. durch öffentlich-rechtliche Normen stark eingeschränkt. Zweitens liege die Rechtsgrundlage der Behandlung nicht in einem (privatrechtlichen) Rechtsverhältnis Arzt-Patient, sondern vielmehr in dem Sachleistungsanspruch gegen die jeweilige Krankenkasse.[602] Das *BSG* stellt mithin auf den öffentlich-rechtlichen Rechtsgrund der Leistungserbringung ab. Beim privatrechtlichen Austauschverhältnis liegt der Rechtsgrund hingegen in der vertraglichen Absprache.[603] Der Arzt wird nach der Versorgungskonzeption aufgrund seiner Verpflichtung aus dem öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis gegenüber der Kassenärztlichen

[599] Das Sachleistungsprinzip ist kein Rechtsprinzip im technischen Sinne, gleichwohl ein zentraler Pfeiler des SGB V, hierzu näher *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 SGB V Rdnrn. 8 f., und auch des SGB XI, hierzu *Udsching*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. zu §§ 28 ff. SGB XI Rdnrn. 1 f.

[600] BSGE 59, 172 = NJW 1986, 1574 (1575).

[601] BSGE 59, 172 = NJW 1986, 1574 (1575). Allgemein zum Inhalt des Wirtschaftlichkeitsgebots des § 12 SGB V *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 12 SGB V, Rdnrn. 2 ff., m.w.N.

[602] BSGE 59, 172 = NJW 1986, 1574 (1576).

[603] Zur Abgrenzung zwischen öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Verträgen nach dem Gegenstand bzw. Rechtsgrund des Vertrages im Überblick MünchKomm/*Busche*, BGB, Vorb. zu §§ 145 ff., Rdnrn. 54 f.; *Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, S. 90 ff., je m.w.N.

Vereinigung tätig. Der Kassenpatient wiederum begehrt die (Sach-) Leistung als Folge der gezahlten Mitgliedsbeiträge aus dem öffentlich-rechtlichen Mitgliedschaftsverhältnis. Darüber hinaus sei drittens die Regelung des § 368 d Abs. 4 RVO (jetzt: § 76 Abs. 4 SGB V) obsolet, wenn ein privatrechtlicher Vertrag die Grundlage der Behandlung darstelle.[604] Diese Regelung wolle allein den sozialversicherten Patienten mit dem Privatversicherten gleichstellen.[605] Das BSG sieht mithin im § 76 Abs. 4 SGB V ein argumentum e contrario für die Zuordnung des Behandlungsverhältnisses zum öffentlichen Recht.[606] Die fehlende Gestaltungsfreiheit, der öffentlich-rechtliche Rechtsgrund und eben jenes argumentum e contrario aus § 76 Abs. 4 SGB V bilden zusammenfassend das Argumentationstableau des *BSG* für die öffentlich-rechtliche Rechtsnatur des Behandlungsvertrages mit dem Kassenpatienten.

bb. (Sozialrechtliche) Literatur

Die Argumentation der (sozialrechtlichen) Literaturvertreter knüpft wesentlich an diese drei zentralen Argumentationsstränge des *BSG* an:[607] Die Gestaltungs- bzw. Abschlussfreiheit als zentrales Element der Vertragsfreiheit liege in dem Behandlungsverhältnis zwischen Kassenpatient-Vertragsarzt nicht vor. Der Vertragsarzt unterliege – von Ausnahmen abgesehen – einer Behandlungspflicht des Kassenpatienten.[608] Zudem werde der Inhalt des Behandlungsverhältnisses in vollem Umfang durch gesetzliche Vorgaben geprägt.[609] Diese Vorgaben ließen der Privatautonomie insgesamt keinen Raum mehr.[610] Ferner begehre der Kassenpatient eine Leistung, die er über seine Mitgliedsbeiträge erkauft habe.[611] Der Leistungsanspruch des Arztes folge also nicht aus einer vertraglichen Abrede Vertragsarzt-Kassenpatient.[612] Der Vertragsarzt wolle auf der anderen Seite seine Pflichten aus dem Mitgliedschaftsverhältnis mit der Kassenärztlichen Vereinigung erfüllen.

[604] BSGE 59, 172 = NJW 1986, 1574 (1576).

[605] BSGE 33, 158 = NJW 1972, 359 (360).

[606] Zur Anwendbarkeit der ursprünglich für das Privatrecht entwickelten Auslegungsmethoden im öffentlichen Recht *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung, S. 46 f. Allgemein zum argumentum e contrario im Sozialrecht BSG, Urt. v. 30.01.2003 - B 4 RA 49/02 R, Juris, Rdnr. 28.; LSG Nordrhein-Westfalen, BeckRS 2011, 70345; grundlegend zum Umkehrschluss als Gegenüberstellung zur Analogie bzw. dem argumentum a maiore ad minus *Larenz*, Methodenlehre, S. 390; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 476 f.; für die europäische Rechtsmethodik ferner lehrreich *Hager*, Rechtsmethoden in Europa, S. 52 f.

[607] Ausführlich zu der Argumentationskette der Vertreter der Versorgungskonzeption *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 126 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 95, je m.w.N. Explizit Für das kassenzahnärztliche Vierecksverhältnis *Schimmelpfeng/Schütte*, NJW 1981, 2505 (2505 f.).

[608] So etwa *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2916).

[609] *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 8 Rdnr. 55.

[610] Erneut *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 8 Rdnr. 55.

[611] *Eberhardt*, AcP 171 (1971), 289 (297).

[612] *Schnapp*, NZS 2001, 337 (339).

Zusammengefasst: Das Sozialgesetzbuch und nicht etwa die vertragliche Absprache bilde den Rechtsgrund für Leistung und „*Gegenleistung*".[613] Schließlich wird ebenfalls die Vorschrift des § 76 Abs. 4 SGB als Argumentationsbasis aufgegriffen. Bei Annahme eines privatrechtlichen Behandlungsvertrages sei diese Vorschrift „*schlicht überflüssig und unsinnig*".[614] Im Rahmen einer privatvertraglichen Abrede bedürfe es keiner gesetzlich normierten Sorgfaltspflicht.[615] Diese Literaturvertreter beziehen sich somit in gleicher Wiese auf die fehlende Vertragsfreiheit, den öffentlich-rechtlichen Rechtsgrund der Leistungserbringung und die entsprechende Auslegung des § 76 Abs. 4 SGB V.

b. Vertragskonzeption

aa. Rechtsprechung des BGH

Der *BGH* hingen stützt seine Zuordnung des Behandlungsverhältnisses Behandlungsseite/Kassenpatient allein auf § 368 d Abs. 4 RVO (jetzt: § 76 Abs. 4 SGB V).[616] Er sieht in dieser Vorschrift kein argumentum e contrario, sondern vielmehr eine Bestätigung bzw. Klarstellung der privatrechtlichen Rechtsnatur. *Karlsruhe* lässt dabei aber offen, ob die Vertragsbeziehungen aus einem eigenen Vertrag Kassenpatient-Vertragsarzt oder aus einem Vertragsverhältnis Vertragsarzt-Krankenkasse zugunsten des Patienten folgen.[617]

bb. (Privatrechtliche) Literatur

In der zustimmenden Literatur wird ebenfalls in erster Linie auf § 76 Abs. 4 SGB abgestellt.[618] Daneben wird hauptsächlich die Privatautonomie des Patienten für

---

[613] *Eberhardt*, AcP 171 (1971), 289 (297).

[614] *Schnapp/Düring*, NJW 1989, 2913 (2916).

[615] Ausführlich zum § 76 Abs. 4 SGB V als Argumentationsgrundlage *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 128 f.; ferner *Schnapp*, NZS 2001, 337 (339).

[616] BGHZ 97, 273 = NJW 1986, 2364; ferner für eine privatrechtliche Einordnung: BGHZ 163, 42 = NJW 2005, 2069 (2070). In einer Urteilsanmerkung hierzu kritisiert *Katzenmeier*, JZ 2005, 951 (952), zu Recht den mangelnden Argumentationsumfang des *BGH* für die eigene Auffassung. So wird etwa auf die konträre sozialrechtliche Position in dem genannten Urteil nicht eingegangen, hierzu ebenfalls kritisch *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 1 Fn. 4 a.E.

[617] BGHZ 97, 273 = NJW 1986, 2364; hierzu auch im Überblick *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 1 Fn. 4.

[618] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht Rdnr. 79; BGB-RGRK/*Nüßgens*, § 823 Anh. II Rdnrn. 19 ff.; *Steffen/Pauge*, Arzthaftungsrecht, Rdnr. 48; Martis/Winkhart, A 465; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 4; MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 611 Rdnr. 84; Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 1254; *Vogeler*, VersR 2011, 588 (589); wohl auch *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 1., m.w.N.

die privatrechtliche Qualifikation ins Argumentationsfeld geführt. Patientenrechte wie freie Arztwahl, Aufklärung und Selbstbestimmung gedeihen am bestem im Rahmen einer privatrechtlichen Vertragsbeziehung.[619] Zudem sei auch im Rahmen der Viereckskonstruktion grundsätzlich die Privatautonomie gegeben.[620] So fuße die Rechtsbeziehung Behandlungsseite/Kassenpatient ebenfalls auf den Grundsätzen der Therapiefreiheit des Arztes und des Selbstbestimmungsrechts des Patienten.[621] Ferner könne eine bloße Einbettung eines Behandlungsverhältnisses zweier Privatpersonen in ein Vertragsarztsystem nicht zu einer öffentlich-rechtlichen Qualifizierung dieser Beziehung führen.[622] Vielmehr werde erst durch eine Vertragskonzeption die Beziehung Arzt-Patient personalisiert. Eine diese Argumentation treffend widerspiegelnde Zusammenfassung lautet wie folgt: „*Ein öffentlich-rechtliches Verhältnis, das bei Kassenpatienten erwogen worden ist, erscheint paternalistisch, negiert die Einzelbeziehung zwischen Arzt und Patient und macht den Arzt zum Werkzeug der Sozialversicherung.*“[623]

c. Stellungnahme

aa. Systematische Auslegung des § 76 SGB V

Im Folgenden soll nun der (traditionsreiche) Streit zwischen der Versorgungs- und Vertragskonzeption im Rahmen einer eigenen Stellungnahme vornehmlich um neue Argumente angereichert werden. Dabei lässt sich zunächst ordnend festhalten, dass sich die Auseinandersetzung zwischen den Anhängern der Vertrags- und der Versorgungskonzeption vor allem um zwei Fragen dreht: zum einen um die Auslegung des § 76 Abs. 4 SGB V und zum anderen um das Bestehen bzw. den Umfang der Privatautonomie in der Beziehung Behandlungsseite-Kassenpatient. § 76 Abs. 1 SGB V regelt die freie Arztwahl des Kassenpatienten.[624] Die Wahlfreiheit des Kassenpatienten ist aber keine Selbstverständlichkeit, legt man die Versorgungskonzeption zugrunde. In den Gesamtverträgen gemäß §§ 82 ff. SGB V verpflichten sich die Kassenärztlichen Vereinigungen zur Sicherstellung der vertragsärztlichen Versorgung. Die gesetzlichen Krankenkassen sagen auf der anderen Seite die entsprechende Vergütung zu. Die Gewährleistung der ärztlichen Versorgung ließe sich aber auch durch eine Zuweisung eines bestimmten Leis-

---

[619] So etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 74.

[620] *Laufs*, NJW 1995, 1590 (1594); ferner *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 74; *Martis/Winkhart-Martis*, Arzthaftungsrecht, A 465; zu dem Problemfeld der Vertragsabschlussfreiheit *Hecker*, MedR 2001, 224 ff.; *Muschalik*, MedR 1995, 6.

[621] *Laufs*, NJW 1995, 1590 (1594); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 98.

[622] So wiederum *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 98.

[623] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 20.

[624] Zu den Auswirkungen des § 76 Abs. 1 SGB V auf die freie Apothekenwahl *Mand/Könen*, WRP 2006, 841 (844).

tungserbringers (scil. Vertragsarzt bzw. Krankenhaus) zu einem bestimmten Patienten, etwa nach dem jeweiligen Wohnort respektive Stadtteil, lösen.[625] Dies erfolgt jedoch gerade nicht. Der gesetzlich Versicherte kann, wie der Privatpatient, nach § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V unter den zugelassenen Ärzten grundsätzlich frei wählen. Das bedeutet: In einer sozialrechtlichen und damit öffentlich-rechtlichen Vorschrift wird mit der Abschlussfreiheit ein Kernelement der Vertragsfreiheit verankert. Sie ermöglicht die freie Wahl des Vertragspartners, insbesondere in völliger Unabhängigkeit vom Staat.[626] § 76 Abs. 1 S. 1 SGB V ist damit eine Gewährleistungsnorm für die Privatautonomie des Kassenpatienten.[627] Durchaus wird etwa in § 76 Abs. 3 SGB V an den Patienten appelliert, innerhalb eines Kalendervierteljahres nur bei Vorliegen eines wichtigen Grundes den Vertragsarzt zu wechseln. Die Abschlussfreiheit des Patienten bleibt von diesem Appell dennoch unangetastet. Diesen systematischen Gesamtzusammenhang innerhalb des § 76 SGB V muss man sich vor Augen führen, wenn man nun § 76 Abs. 4 SGB V nähere Aufmerksamkeit schenkt. Der Verweis auf die Vorschriften des bürgerlichen Vertragsrechts soll verdeutlichen, dass das Behandlungsverhältnis zum Kassenpatienten auf einer privatrechtlichen Ebene stattfindet. Ein Umkehrschluss dergestalt, dass grundsätzlich ein öffentlich-rechtliches Verhältnis zwischen der Behandlungsseite und dem Kassenpatient vorliegt, liefe der dargestellten, systematischen Stellung des § 76 Abs. 4 SGB V im Verhältnis zu § 76 Abs. 1 SGB V zuwider. § 76 Abs. 4 SGB V lässt sich somit aufgrund der systematischen Auslegung der Vorschrift überzeugend allein als Bestätigung für die Vertragskonzeption heranziehen. Die mit dem Patientenrechtegesetz geplante Kodifizierung des Behandlungsvertrages im BGB rundet diese Argumentation ab. Eine Kodifizierung des Behandlungsvertrages im SGB V ist schließlich gerade nicht in Planung.

bb. Privatautonome Prägung

Dessen ungeachtet verbleibt freilich die Frage, ob allein die freie Arztwahl gemäß § 76 Abs. 1 SGB V über die Systematik hinaus tatsächlich dazu führt, dass das Behandlungsverhältnis eine privatautonome Prägung erfährt. Dagegen wird, wie dargetan, angeführt, dass zum einen die inhaltliche Ausgestaltung des Behandlungsverhältnisses durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 SGB V maßgeblich bestimmt sei. Zum anderen müsse der Vertragsarzt aufgrund seiner Verpflichtung gemäß § 95 Abs. 3 S. 1 SGB V grundsätzlich den Kassenpatienten behan-

---

[625] So funktioniert etwa das sog. Hausarztmodell in Dänemark. Hier muss sich ein Bürger, der in der sog. ersten Kategorie versichert ist (98 % der Bevölkerung), bei einem niedergelassenen Hausarzt im Umkreis von 10 km eintragen.

[626] Staudinger/*Olzen*, BGB, Vorb. zu §§ 241 ff. Rdnr. 52.

[627] Vgl. auch *Mand/Könen*, WRP 2006, 841 (844), m.w.N.

deln. Die zentralen Säulen der Vertragsfreiheit, die Gestaltungs- und Abschlussfreiheit, sind in der Tat auf der Behandlungsseite eingeschränkt. Mit dieser Argumentation die privatrechtliche Qualifikation abzulehnen ist jedoch aus folgenden Gründen wenig valide: Die Einschränkung der Abschlussfreiheit erfolgt durch den sogenannten Kontrahierungszwang. Insbesondere im Bereich der Daseinsvorsorge ist jedoch eine solche ausdrücklich normierte Abschlusspflicht systemimmanent. So besagt etwa § 22 PersBefG, dass unter bestimmten Voraussetzungen der Unternehmer zur Beförderung des Kunden verpflichtet ist. Es bleibt gleichwohl dabei: Zwischen dem Beförderer und dem Beförderten wird ein privatrechtlicher Vertrag geschlossen.[628] So hat auch hier die Behandlungspflicht der Behandlungsseite allein den Zweck, grundsätzlich eine freie Arztwahl des gesetzlich Versicherten nicht nur formal, sondern ferner material zu gewährleisten. Vor allem im Bereich der lebensnotwenigen bzw. lebenswichtigen Leistungen ist von einem Kontrahierungszwang der Behandlungsseite auszugehen.[629] Die inhaltliche Beschränkung des Behandlungsverhältnisses, in erster Linie durch das Wirtschaftlichkeitsgebot gemäß § 12 SGB V, gereicht ebenfalls zu keiner differierenden Bewertung. Insbesondere die §§ 134, 138 BGB stellen notwendige Schranken der Gestaltungsfreiheit dar. Ohne Einschränkungen wie das Wirtschaftlichkeitsgebot wäre dauerhaft die Finanzierung des öffentlichen Gesundheitssystems gefährdet. Vergleichbar liegt beispielsweise der Sinn und Zweck des SchwArbG in der Sicherstellung der Finanzierung der Sozialversicherungssysteme, vgl. § 1 Abs. 2 SchwArbG. Somit ist ein unter Verstoß gegen das SchwArbG geschlossener privatrechtlicher Vertrag gemäß § 134 BGB nichtig. Die Beschränkungen der Gestaltungsfreiheit sorgen demnach lediglich für die Finanzierung des Gesundheitswesens.[630] Damit handelt es sich letztlich um eine Konkretisierung des Sozialstaatsprinzips, das wie kein anderes Staatsprinzip ressourcenabhängig ist.[631] Diese Einschränkung der Vertragsfreiheit hat aber keinen Einfluss auf die im Grundsatz bestehende privat-

---

[628] Instruktiv zum Zusammenspiel von Privatautonomie und Kontrahierungszwang sowie vor allem zu den Auswirkungen auf die Vertragsbegründungsfreiheit *Busche*, Privatautonomie, S. 110 ff. et passim; ferner *Zöllner*, in: FS Bydlinski, S. 517 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 611 ff., *Madaus*, Insolvenzplan, S. 262 ff.; Staudinger/*Olzen*, BGB, Vorb. zu §§ 241 ff. Rdnrn. 55 f.; *Bydlinski*, AcP 180 (1980), 1 ff.; *Kilian*, AcP 180 (1980), 47 ff.; *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang, passim; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 235, unter Verweis auf *Mestmäcker*, JZ 1964, 441 (443), der mit Recht den Kontrahierungszwang als „*schärfsten Eingriff*" in die Vertragsfreiheit bezeichnet hat.

[629] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 96; zu dem Kontrahierungszwang bei ärztlichen Wahlleistungen BGH, NJW 1990, 761 (762 f.).

[630] Laut BVerfGE 114, 196 = MedR 2006, 45 (54), ist die Finanzierbarkeit der gesetzlichen Krankenversicherung in einem Sozialstaat ein überragend wichtiges Gemeinschaftsgut.

[631] *Herzog/Grzeszick*, in: Maunz/Dürig, GG, Art. 20, VIII, Rdnr. 23; *Ganner*, Selbstbestimmung, S. 64; *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip, S. 196; *Schimmelpfeng-Schütte*, ZRP 2006, 180 (181). Damit argumentiert etwa auch das VG Karlsruhe, Urt. v. 11.07.2007 - 7 K 444/07, Juris, Rdnr. 68, bezüglich der Kostenfreiheit eines Studiums. Zu der Ressourcenknappheit als Ursache der zunehmenden Arbeitsteilung bereits § 1 A IV.

rechtliche Arzt-Patienten-Beziehung. Sie ist kein Argument gegen die privatrechtliche Qualifikation, da sie etwa mit den §§ 134, 138 BGB im Privatrecht selbst angelegt ist. Privatautonomes Handeln soll durch diese Vorschriften gerade ermöglicht werden.

cc. Personalisierungsfunktion des privatrechtlichen Vertrages

Endlich verkennt die öffentlich-rechtliche Qualifizierung des Behandlungsvertrages mit dem Kassenpatienten die Personalisierungsfunktion des Vertrages.[632] Jeder Arzt dient zwar gemäß § 1 Abs. 1 BÄO sowohl der Gesundheit des einzelnen Menschen als auch des ganzen Volkes. Vorrangig ist aber auf das Individualinteresse abzustellen.[633] Der Vertrag hebt die Behandlung aus der Anonymität heraus. Jedes Behandlungsverhältnis basiert auf den arztrechtlichen Maximen Partnerschaft, Vertrauen und Therapiefreiheit des Arztes bzw. Selbstbestimmung des Patienten.[634] Allein im Rahmen eines privatrechtlichen Vertragsverhältnisses können sich diese Eckpunkte eines jeden Behandlungsverhältnisses entfalten, da sie jeder Arzt-Patienten-Beziehung ein persönliches, individuelles Gepräge geben. Auch das *BSG* erkennt letztlich die persönliche Vertrauensbeziehung zwischen Arzt und Patient als wesentlichen Baustein des Behandlungsverhältnisses an:[635]
„*Das besondere Vertrauensverhältnis zwischen Patient und Arzt ist eine wesentliche Bedingung für eine erfolgreiche ärztliche Behandlung. Dem Versicherten ist dementsprechend grundsätzlich das Recht eingeräumt, unter den an der kassenärztlichen Versorgung teilnehmenden Ärzten frei zu wählen (§ 368 b Abs. 1 RVO), also den Arzt auszusuchen, der sein Vertrauen genießt.*“

Dieses Anerkenntnis fördert freilich die Widersprüchlichkeit der eigenen Rechtsprechung zu Tage. Ein besonderes Vertrauensverhältnis findet schließlich allein im personalisierten Vertragsverhältnis Arzt-Patient seinen adäquaten Ausdruck.[636] Sieht man in der Behandlung des Patienten indes lediglich die Erfüllung einer öffentlich-rechtlichen Pflicht des Vertragsarztes, wird ein solches Vertrauensverhältnis ignoriert und das Behandlungsverhältnis vielmehr zu einer Massenerscheinung degradiert. Die systematische Auslegung des § 76 Abs. 4 SGB V, die allein durch die privatrechtsimmanenten Elemente der Daseinsvorsorge bzw. des Sozialstaatsprinzips eingeschränkte Privatautonomie und vor allem die individuelle Arzt-Patienten-Beziehung führen summa summarum zu einer privatrechtlichen Natur des Behandlungsverhältnisses mit dem Kassenpatient.

---

[632] Zur besonderen Bedeutung der vertraglichen Personalisierungsfunktion im Rahmen des arbeitsteiligen Handelns vgl. *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag, S. 431.
[633] *Laufs*, in: FS Deutsch (1999), S. 625.
[634] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 17 ff. Vgl. auch bereits § 4 A I.
[635] BSGE 59, 172 = NJW 1986, 1574 (1576).
[636] *Deutsch*, ArztR 1980, 289 (290); *ders./Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095).

2. *Objektiv-teleologische Auslegung des § 613 S. 1 BGB*

Nachdem die Rechtsnatur des Behandlungsvertrages als privatrechtlich bestimmt wurde, ist der Weg bereitet für die objektiv-teleologische Auslegung des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung, konkret des § 613 S. 1 BGB. Wie bereits dargestellt, wird bis zum heutigen Tag vornehmlich aus dieser Norm der als systemimmanent anerkannte Grundsatz positivrechtlich hergeleitet.

a. Verstärkter Rechtsgüterschutz

Dem Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung liegt im Arztrecht teleologisch zum einen der Rechtsgüterschutz zugrunde.[637] Indem der Gesetzgeber einen Arztvorbehalt vorsieht, stellt er klar, dass er nur durch die approbierten Ärzte die Erhaltung des Gesundheitszustandes bzw. eine rasche und sichere Heilung des Patienten im Krankheitsfall gewährleistet sieht.[638] So liegt etwa das Telos des Arztvorbehalts aus § 7 GenDG darin, dass der persönlichen Leistungserbringung des Arztes gerade im Hinblick auf prädiktive genetische Untersuchungen eine ganz wesentliche Bedeutung zufällt.[639] Der mit dem Arztvorbehalt verbundene Eingriff in die Berufsausübungsfreiheit ist daher aufgrund der ebenfalls verfassungsrechtlich geschützten Rechtsgüter Leben, Gesundheit bzw. der informationellen Selbstbestimmung gerechtfertigt.[640] Diese Argumentation lässt sich in gleicher Weise auf den Arztvorbehalt des § 613 S. 1 BGB bzw. dessen weiteren Konkretisierungen übertragen: Ihnen liegt die Gemeinsamkeit zugrunde, dass sie Tätigkeiten betreffen, die mit erheblichen Gefahren für den Patienten oder für die Bevölkerung allgemein verbunden sind oder besondere Risiken aufweisen, die nur auf der (freilich formalen) Basis ärztlichen Fachwissens beherrschbar sind.[641] Die teleologische Auslegung als erster Bestandteil der objektiv-rechtlichen Auslegung des § 613 S. 1 BGB führt damit zum Rechtsgüterschutz, ja, da die persönliche

---

[637] Vgl. nur BVerfG, NJW 1998, 1775 (1775 f.); NJW 1999, 841 (842); NZS 2000, 548 (549); BGH, NJW 1980, 1903 (1904); Palandt/*Weidenkaff*, BGB, § 613 Rdnr. 1; *Peikert*, MedR 2000, 352 (354).

[638] BVerfG, NJW 1998, 1775 (1776).

[639] BT-Drs. 16/10532, S. 25; vgl. auch zu diesem Aspekt der „Qualitätssicherung" *Duttge*, in: Duttge/Engel/Zoll, Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht, S. 1 (2). Aktuell wird freilich die Aussagekraft dieser Regelung diskutiert, vgl. Die Zeit v. 23.02.2012; FAZ v. 14.02.2012.

[640] BT-Drs. 16/10532, S. 25; *Fenger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 7 GenDG Rdnr. 1.; *Trenk-Hinterberger*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 15 SGB V Rdnr. 2.

[641] So die treffende Zusammenfassung von *Spickhoff/Seibl*, MedR 463 (466); ähnlich auch *Deutsch*, NJW 1991, 721 (722); *Pitz*, Was darf das Medizinpersonal?, S. 55; *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, S. 19. Aufgrund dessen kann etwa im Fall einer konkreten Patientengefährdung der Sofortvollzug des Entzugs der ärztlichen Approbation angeordnet werden, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 27, m.w.N. aus der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung.

Leistungserbringung im privatrechtlichen System eine Ausnahme darstellt,[642] statuiert der Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht sogar einen verstärkten Rechtsgüterschutz.

Dieser lässt sich ferner anhand der verfassungskonformen Auslegung als weiterer Ausprägung der objektiv-teleologischen Auslegung darlegen: Im „*Nikolaus-Beschluss*"[643] hat das *BVerfG* die verfassungsrechtliche Bedeutung des Arztvorbehalts und damit des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung für den Rechtsgüterschutz unterstrichen. Danach folge zwar aus den Grundrechten im Grundsatz kein verfassungsrechtlicher Anspruch gegen die Krankenkassen auf Bereitstellung bestimmter und insbesondere spezieller Gesundheitsleistungen;[644] gleichwohl – und dies ist entscheidend – habe sich die Ausgestaltung des Leistungsrechts der gesetzlichen Krankenversicherungen an der objektiv-rechtlichen Pflicht des Staates zu orientieren, sich „*schützend und fördernd*" vor die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu stellen.[645] Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung ergibt sich damit neben dem positiven Recht auch und vor allem als Ausfluss der verfassungsrechtlichen Schutzpflichten. Der aus der teleologischen Auslegung des § 613 S. 1 BGB gewonnene verstärkte Rechtsgüterschutz als Rechtsprinzip wird damit in den Verfassungsrang erhoben. Den mit der ärztlichen Behandlung einhergehenden besonderen Gefahren für die Rechtsgüter des Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG muss allgemein und konkret durch den Arztvorbehalt entgegnet werden. Aus der teleologischen und verfassungskonformen Auslegung des § 613 S. 1 BGB bzw. seiner Konkretisierungen folgt damit – als Modifikation zum allgemeinen Rechtsgüterschutz des Privatrechts – der *verstärkte* Rechtsgüterschutz als erstes rechtsethisches Prinzip des Arztrechts.

b. Besonderes Vertrauensverhältnis Arzt/Patient

aa. Schutz des Vertrauensverhältnisses bei freien Berufen im Allgemeinen

Daneben basiert der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung auf dem ethischen und damit teleologischen Fundament des Vertrauens. § 613 S. 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Dienstgläubiger aufgrund des zugrundeliegenden Vertrauensverhältnisses in aller Regel ein hohes Interesse daran hat, die Dienstleistung nicht von einem beliebigen Dritten, sondern gerade von dem

---

[642] Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 267 Rdnr. 1.; Staudinger/*Bittner*, BGB, § 267 Rdnr. 1; MünchKomm/*Krüger*, BGB, § 267 Rdnr. 1.
[643] BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891 (893).
[644] BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891 (893), m.w.N.
[645] BVerfGE 115, 25 = NJW 2006, 891 (893), m.w.N.

Dienstschuldner zu erhalten.[646] Insofern weist § 613 S. 1 BGB eine unverkennbare Parallele zum bereits angesprochenen § 664 BGB auf:[647] Innerhalb von Vertrauensverhältnisses besteht ein Interesse des Leistungsgläubigers an einer persönlichen Leistungserbringung durch den Schuldner. Dies gilt nun im verstärkten Maße für den Arztberuf als sogenannten freien Beruf (§ 1 Abs. 2 HS. 2 BÄO).[648] Sämtlichen freien Berufen ist der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung gemein. Auf diese Weise soll die freiberufliche gegen eine (gewöhnliche) gewerbliche, unternehmerische Tätigkeit abgegrenzt werden.[649] Der freiberuflich Tätige kann seine Arbeitskraft nicht vervielfältigen.[650] Der Einsatz fremder Arbeitskraft hat damit – im Gegensatz zum Gewerbetreibenden – nur eine unterstützende Funktion.[651] Der Freiberufler muss seiner Tätigkeit „*den Stempel der Eigenpersönlichkeit*" geben.[652] Dieses Bedürfnis gründet auf dem besonderen Vertrauensverhältnis zwischen Freiberufler und Auftraggeber.[653] Eine solche intensive Bindung rührt einmal aus dem verstärkten Persönlichkeitsbezug der freiberuflichen Tätigkeit her.[654] Der Auftraggeber gewährt dem jeweiligen Freiberufler Einblick in teilweise sehr persönliche Angelegenheiten.[655] Daneben hat das besondere Vertrauensver-

[646] Allgemein etwa *Fuchs*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 613 Rdnr. 4.; *Raab*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, S. 93 f.; für das Arztrecht beispielsweise Peikert, MedR 2000, 352 (354); *Hahn*, NJW 1981, 1977 (1981); *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366 (3367).

[647] Zu dieser Schaniernorm bereits § 1 B II 3 b aa.

[648] Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, § 613 Rdnr. 9. Eine Definition des freien Berufs liegt bis heute freilich nicht vor, vgl. die einzelnen Definitionsversuche bei *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 18 ff. In § 1 Abs. 2 PartGG hat der Gesetzgeber zumindest einen Begriffsansatz vorgelegt. Den freien Beruf kennzeichnen danach vor allem: Die besondere berufliche Qualifikation, die persönliche, eigenverantwortliche und ideelle Leistungserbringung von Diensten höherer Art. Ferner wurde von BVerfGE 11, 30 = NJW 1960, 715, für den Vertragsarzt auf das zu tragende, wirtschaftliche Risiko hingewiesen. Zudem sind die Ärzte zur Selbstkontrolle in Kammern als öffentlich-rechtliche Körperschaften Pflichtmitglied, vgl. hierzu *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 87 ff.

[649] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe S. 40.

[650] Erneut *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 41, m.w.N.; *Reinhart*, GRUR 1976, 517 (522).

[651] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 41.

[652] BFH, Urt. v. 11.09.1968 - I R 173/66, Juris, Rdnr. 22.; vgl. wiederum *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 41, m.w.N.

[653] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 52 ff.; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 79 ff., je m.w.N.; ferner *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. II Rdnr. 4, für das Verhältnis Arzt/Patient. Im Schutz dieser Vertrauensbeziehung liegt auch der Grund für die eingeschränkten Werbemöglichkeiten der freien Berufe; für den Arzt etwa § 27 MBO, vgl. dazu *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 27 MBO Rdnr. 1.

[654] Näher hierzu *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 52 ff.; diesbezüglich auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 17.

[655] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 52.; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 80 f.

hältnis ihren Ursprung im existierenden Wissensgefälle.[656] Der Auftraggeber kann regelmäßig nicht die Qualität oder den Sinngehalt der vom Freiberufler erbrachten Leistung kontrollieren. Daher muss der Auftraggeber darauf vertrauen, dass der Freiberufler dieses Wissensgefälle nicht allein für eigene Interessen, wie dem Gewinnstreben, missbraucht.[657] Daran wird wiederum das von *Luhmann* aufgezeigte Zusammenspiel von Freiheit und Vertrauen deutlich.[658]

bb. Schutz des Vertrauensverhältnisses Arzt/Patient im Besonderen

Es wurde bereits mehrfach die herausragende Bedeutung des Vertrauensverhältnis Arzt/Patient für die Durchführung des ärztlichen Heilauftrags dargestellt. So herrscht im Ergebnis Konsens, dass der soeben dargestellte Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung bei den freien Heil- und Beratungsberufen eine besonders starke Ausprägung erfährt.[659] In den Zeiten der modernen, arbeitsteiligen Medizin mit den damit einhergehenden, bereits angedeuteten medizinsoziologischen Veränderungen kommt dem Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung und damit dem Schutz der Vertrauensbeziehung Arzt-Patienten eine herausragende Bedeutung zu. So wird der Patient – außerhalb der traditionellen Einzelpraxis – im ambulanten und stationären Bereich zunehmend mit mehreren ärztlichen Kontaktpersonen konfrontiert. Das Partnerschaftsverhältnis Arzt-Patient muss sich demzufolge zusehends gegen die drohende Anonymisierung erwehren.[660] In einem Sondervotum haben die Verfassungsrichter *Hirsch*, *Niebler* und *Steinberger* auf die Bedeutung der Selbstbestimmungsaufklärung und damit des besonderen Vertrauensverhältnisses bei der zunehmenden Arbeitsteilung aufmerksam gemacht: „*Zumal unter den Bedingungen moderner, notwendigerweise arbeitsteilig funktionierender Kliniken und medizinischer Techniken und Verfahren, denen sich ein Patient heutzutage insbesondere bei operativen Eingriffen regelmäßig überantwortet – häufig genug kennt er weder den Operateur noch dessen konkreten Erfahrungsstand mit Operationen dieser Art –, sind andere Voraussetzungen für die Bildung eines Vertrauensverhältnisses gegeben als zwischen dem Patienten und seinem Hausarzt. Ein besonderes Vertrauensverhältnis wird unter diesen Bedingungen noch am ehesten dann gedeihen, wenn der Patient über die ihm zureichend angebotene Aufklärung die Gewissheit gewinnt, dass mit ihm nicht wie mit einem Unmündigen über*

---

[656] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 54 ff.; *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 80; wiederum für das Verhältnis Arzt/Patient *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. II Rdnr. 4.

[657] *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 80.

[658] Vgl. § 4 A I 1 b.

[659] *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 53, Sodan, Freie Berufe als Leistungserbringer, S. 81, jeweils mit dem berechtigten Hinweis auf das mit dem Persönlichkeitsbezug einhergehende Zusammenspiel von Nähe und Distanz, von ratio und emotio, hierzu schon § 4 A I 1 b.

[660] So schon *Deutsch*, ArztR 1980, 289 (290). Zu diesem Entfremdungsprozess als zentraler Legitimationsquelle der unternommenen Grenzentwicklung § 1 A IV.

seinen Kopf hinweg verfahren, sondern seinem Selbstbestimmungsrecht die gebührende Achtung erwiesen wird.“[661]

In eindrucksvoller Weise wird auf die Herausforderungen für die Vertrauensbeziehung Arzt-Patient durch die arbeitsteilige Entwicklung der Medizin hingewiesen. Der Patient sieht sich vor allem in den großen Kliniken einer großen Schar an behandelnden Ärzten gegenüber, sodass eine Vertrauensbildung im Sinne der beschriebenen partnerschaftlichen Verbundenheit nur noch erschwert möglich ist. Liegt dem Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung damit im Ausgangspunkt bereits der Schutz der Vertrauensbeziehung teleologisch zugrunde, erfährt dieser teleologische Hintergrund eine Verstärkung im Lichte der arbeitsteiligen Medizin. Dabei muss man zunächst bedenken, dass die Vertrauensbeziehung Arzt-Patient sowohl unter dem berufsfunktionalen als auch unter dem individualisierenden Ansatz betrachtet werden muss:[662] Das Vertrauen kann sich, darauf wurde bereits hingewiesen,[663] auf der einen Seite gegenüber dem Berufsstand Arzt erstrecken; es kann aber auch – dies wird die Regel sein – personalrelativ auf eine bestimmte Person bezogen sein.[664] In der arbeitsteiligen Medizin muss zweifellos grundsätzlich nicht nur einem einzelnen Arzt, sondern vielmehr etwa auch einer Abteilung eines Krankenhauses ein Mindestmaß an Vertrauen entgegengebracht werden. Andererseits ist gerade bei der Behandlung durch ein Ärzteteam der Patient ein Schutz vor den Gefahren der Arbeitsteilung erforderlich. So hat sich der übernehmende Arzt über die bereits durchgeführten Maßnahmen zu informieren und gleichzeitig den Patienten über die zukünftigen Maßnahmen zu unterrichten.[665] Ist aber eine enge Vertrauens- und damit Treuebeziehung Arzt-Patient gewachsen, so muss auch im Rahmen der modernen, arbeitsteiligen Medizin grundsätzlich eine ärztliche Behandlung durch den Vertrauensarzt erfolgen.[666] Eine andere Bewertung ignoriert den besonderen, weil ethischen Charakter der Arzt-Patienten-Beziehung als partnerschaftliche Vertrauens- und Treuebeziehung. Die teleologische Auslegung des § 613 S. 1 BGB führt damit zu einem besonderen Schutz der Vertrauensbeziehung im Rahmen der freien Berufe allgemein und konkret im besonderen Maße für die Beziehung Arzt/Patient, nicht zuletzt als Reaktion auf die moderne, arbeitsteilige Medizin.

Dieses Zwischenergebnis lässt sich wiederum erneut auch der verfassungskonformen Auslegung des § 613 S. 1 BGB, insbesondere im Hinblick auf das Recht auf informationelle Selbstbestimmung aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 GG i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG entnehmen.[667] Als Konsequenz hieraus wird die Verschwiegenheit des

---

[661] BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1931 f.).
[662] Vgl. *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 57 ff.
[663] Vgl. § 3 A I 2 b bb (2).
[664] *Deutsch*, ArztR 1980, 289 (291).
[665] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 23.
[666] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 77.
[667] Diesbezüglich schon § 4 A II 2 b.

Arztes, vor allem durch § 203 StGB und § 53 StPO, vom Staat als besonderes Schutzobjekt angesehen.[668] Das Recht des Patienten, dass seine (sensiblen) Daten nur an bestimmte (Vertrauens-) Personen gelangen, ist verfassungsrechtlich geschützt und wird einfachgesetzlich daneben unter anderem auch durch den Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht gewährleistet. Die verfassungskonforme Auslegung des § 613 S. 1 BGB bzw. allgemein des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung gebietet damit einen besonderen Schutz der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient. Das ethische Prinzip des Vertrauens zwischen Arzt/Patient wird insgesamt durch die positivrechtliche Verankerung im einfachen Recht und im Verfassungsrecht zu einem rechtsethischen Prinzip erhoben. Ethik und Recht werden durch die Rechtsprinzipien vereint.

3. Exkurs: privatrechtsdogmatische Einordnung des Behandlungsvertrages

Nachdem der verstärkte Rechtsgüterschutz und der Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient als Rechtsprinzipien im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung herausgearbeitet wurden, soll nun im Dienste der Rechtsfortbildung die systemgetreue privatrechtsdogmatische Einordnung des Behandlungsvertrages erfolgen. Mit dem Patientenrechtegesetz ist eine Kodifizierung des Behandlungsvertrages im BGB geplant. Laut Referentenentwurf wird der Behandlungsvertrag einmal als spezielle Form des Dienstvertrages im Sinne von § 611 BGB eingeordnet. Zugleich wird mit dem Kodifizierungsplan an sich ein seit geraumer Zeit vorgetragenes Postulat aufgegriffen. Nachdem eingangs ein kursorischer Überblick über den bestehenden Streitstand geboten wird (vgl. a.), erfolgt im Anschluss eine Stellungnahme zu der geplanten eigenständigen Regelung des Behandlungsvertrages (vgl. b.), basierend auf den im Vorfeld gewonnen arztrechtlichen Prinzipien und allgemeinen privatrechtsdogmatischen Grundsätzen.

a. Bisheriger Streitstand

Im Grundsatz wird bis zum heutigen Tag ein jeder Behandlungsvertrag als Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB eingeordnet. Dies entspricht der weit überwiegenden Auffassung in Rechtsprechung und Literatur.[669] Aus folgenden

---

[668] Hierzu näher *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 203 StGB Rdnr. 1, m.w.N.

[669] Stellvertretend aus der Schar von Entscheidungen und Publikationen BGHZ 63, 306 = NJW 1975, 305 (306); BGHZ 76, 259 = NJW 1980, 1452 (1453); BGHZ 97, 273 = NJW 1986, 2364; jüngst bestätigt von BGH, NJW 2011, 3584 (3587); *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 9, *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 f.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 26; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, Vorb. zu § 611 Rdnr. 18; MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 611 Rdnr. 79; Staudinger/*Coester*, BGB, § 307 Rdnr. 400; *Fikent-*

Gründen ist diese Einordnung allerdings nicht unumstritten: Dies liegt zum einen daran, dass der Werkvertrag ebenfalls eine entgeltliche Arbeitsleistung zum Vertragsinhalt hat.[670] Daher wird vor allem anhand des Behandlungsvertrages eine Differenzierung zwischen Dienst- und Werkvertrag vorgenommen. Zum anderen ist, wie bereits dargetan, eine moderne, medizinische Behandlung ein komplexer Vorgang mit ständig differierenden Inhalten und arbeitsteiligen Vorgängen, geprägt von einem ganz besonderen Rechtsgüterbezug und Vertrauensverhältnis.[671] Ferner ist die Leistungserbringung bei den Kassenpatienten entscheidend durch das Sachleistungsprinzip geprägt. Vor diesem Hintergrund wird im Arztrecht die Frage aufgeworfen, inwiefern die normierten gegenseitigen Verträge des BGB, insbesondere Dienst- oder Werkvertrag, auf diese Sachverhalte abgestimmt sind und damit Anwendung finden können.

aa. Qualifikation als Dienstvertrag

Die Argumentation der herrschenden arztrechtlichen Strömung bei der privatrechtsdogmatischen Qualifikation des Behandlungsvertrages fußt vor allem auf zwei Säulen, die in der gebotenen Kürze skizziert werden sollen: Zum einen wird auf das erwähnte teleologische Fundament, konkret auf das besondere Vertrauensverhältnis Arzt/Patient verwiesen.[672] Zum zweiten – dies ist die allgemeine Abgrenzung zum Werkvertrag – wird darauf aufmerksam gemacht, dass der Arzt den Behandlungserfolg nicht garantieren kann und will.[673] Die Heilung hängt nicht nur vom Können und Handeln des Arztes ab, sondern auch von anderen mannigfaltigen Faktoren, die außerhalb des Einflussbereichs des Arztes liegen.[674] Deswegen schuldet der Arzt nicht die Heilung oder die Herbeiführung des status quo ante; vielmehr wird die Untersuchung und Behandlung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft im Sinne des ärztlichen Heilauftrags gefordert.[675] Anders beim Werkvertrag: Nach der gängigen Abgrenzungsformel wird dort nicht das bloße Wirken, sondern die Herbeiführung eines vereinbarten, gegenständlich fass-

---

scher/Heinemann, Schuldrecht, Rdnr 1132; *Peikert*, MedR 2000, 352 (353); *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 26 ff., je m.w.N.

[670] Palandt/*Sprau*, BGB, Vorb. zu § 631 Rdnr. 8; näher *Voit*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 631 Rdnr. 4.

[671] *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095 f.).

[672] Vgl. nur MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 613 Rdnr. 3; *Peikert*, MedR 2000, 352 (354).

[673] Stellvertretend *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99 f.; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 26; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 2; *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 9, jeweils m.w.N. In Abgrenzung zum Werkvertrag wird ferner noch vor allem auf das Entgeltrisiko des Arztes bei der Qualifizierung als Werkvertrag hingewiesen, vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 101 f., m.w.N.

[674] Vgl. RGZ 165, 336 (339), *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 99; *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 9.

[675] Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 54.

baren Arbeitserfolges geschuldet.[676] Genau dies kann jedoch aufgrund der „*Unberechenbarkeiten des lebenden Organismus*“[677] gerade nicht (oder nur ganz selten)[678] versprochen werden. Allerdings ist innerhalb der Schuldrechtsdogmatik fraglich, was nun konkret beim Werkvertrag unter dem geschuldeten Arbeitserfolg zu verstehen ist. Wäre dies die Herbeiführung des status quo ante, fiele die Abgrenzung zum Werkvertrag in der Tat nicht schwer. Genau dies kann schließlich bei einer ärztlichen Behandlung regelmäßig nicht versprochen werden. Indes kann der geschuldete Erfolg beim Werkvertrag grundsätzlich auch im Bewirken einer sachgemäßen persönlichen Leistung liegen.[679] So wird mit Grund ins Feld geführt, dass der für den Werkvertrag maßgebliche Erfolg der nach dem Leistungsversprechen in der Arbeit liegende Erfolg sei, nicht jedoch der Erfolg im Sinne eines Arbeitserfolges.[680] Diesen Gedanken aufnehmend könnte man nun beim Behandlungsvertrag den geschuldeten Erfolg nicht etwa in der Herbeiführung eines status quo ante sehen. Vielmehr wäre etwa eine Operation, die nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft verlaufen ist, der geschuldete Erfolg, und zwar auch dann, wenn der regelmäßig intendierte Arbeitserfolg, die vollständige Genesung des Patienten infolge der Operation, nicht herbeigeführt werden kann. Folgt man diesem Gedankengang ist eine Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag beim Arztvertrag tatsächlich nur noch schwerlich zu vollziehen. Ohne diese Streitfrage in diesem Rahmen vertiefen zu wollen, soll doch auf die Gefahrenlage hingewiesen werden, dass im Einzelfall gleichwohl die herbeizuführende Genesung als geschuldete Leistung des Arztes angesehen wird.[681] Zudem ist fraglich, ob stetig in der durchgeführten Arbeit der geschuldete Erfolg gesehen werden kann. Es besteht die Möglichkeit und gleichzeitig Gefahr, dass je nach Einzelfall eine unter-

---

[676] Palandt/*Sprau*, BGB, Vorb. zu § 631 Rdnr. 8.

[677] So *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 100; 490; ferner Staudinger/*Otto*, BGB, § 280 Rdnr. F 42; *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 Rdnr. 41; *Gaidzik/Weimer*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 13 Rdnr. 8.

[678] Macht der Arzt tatsächlich eine konkrete Heilungszusage, liegt die Qualifikation als Werkvertrag indes nahe, vgl. MünchKomm/*Busche*, BGB, § 631 Rdnr. 238.

[679] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 101. Ausführlich zum Erfolgsbegriff Staudinger/*Peters/Jacoby*, BGB, § 631 Rdnrn. 1 ff.; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rdnrn. 1129 ff.; *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, S. 399 ff.; *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, S. 13 ff.

[680] Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 33. Weiter: „*Auf der Verkennung dieses Unterschiedes beruht es, wenn der ärztliche Behandlungsvertrag nur deshalb dem Dienstvertrag zugeordnet wird, weil der Arzt nicht den Erfolg seiner Leistung schuldet.*“ *Dies.* vollziehen die Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag danach, ob die Arbeitsleistung auf Zeit erfolgt (dann Dienstvertrag), ihr also durch die Arbeitsaufgabe kein natürliches Ziel gesetzt ist, vgl. Staudinger/*dies.*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 34. Diese Abgrenzung ist jedoch problematisch, da das zeitliche Element ein relatives und damit schwaches Abgrenzungskriterium bildet, dies einräumend Staudinger/*dies.*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 32.

[681] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 108, *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 101.

schiedliche Qualifizierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses erfolgt.[682] Das Arztrecht verlangt aber im Dienste der Rechtssicherheit und damit der Gerechtigkeit eine gleichlaufende rechtliche Qualifikation des Behandlungsvertrages. An dieser Stelle soll das Fazit genügen, dass die gegenwärtige Abgrenzung zwischen Dienst- und Werkvertrag nur prima vista eindeutig ist, im Einzelfall gleichwohl Unklarheiten nicht vollends beiseite geschaffen werden können.

bb. Qualifikation als Vertrag sui generis?

Die angedeuteten Abgrenzungsschwierigkeiten im Verhältnis Dienstvertrag/Werkvertrag leiten umgehend zu der weiterführenden Überlegung über, inwiefern nicht der Behandlungsvertrag im Wege der Vertragsfreiheit als Vertrag sui generis zu qualifizieren ist.[683] Behandlungsverträge zeichnen sich durch einen vielfältigen potentiellen Leistungskanon aus. Der konkrete Inhalt der geschuldeten Tätigkeit wird im Einzelfall durch den vereinbarten Vertragszweck und die darüber getroffenen Abrede determiniert.[684] Es ist diese Vielschichtigkeit des Leistungskatalogs, die der Rechtsprechung und Literatur bei der beschriebenen Abgrenzung Dienstvertrag/Werkvertrag Schwierigkeiten bereitet.[685] So ist wiederholt mit Grund davon die Rede, dass einem Dienstvertrag auch werkvertragliche Elemente innewohnen könnten.[686] Kennzeichnend für den Behandlungsvertrag ist somit die Mischung aus Tätigkeits- und Erfolgsmomenten.[687] Neben dieser Vielschichtigkeit des Behandlungsvertrages wird die Besonderheit der ärztlichen (Dienst-) Leistung betont. Regelmäßig steht als Hinweis das besondere Vertrauensverhältnis Arzt/Patient im Mittelpunkt, das sich von anderen, ebenfalls von Vertrauen geprägten Dienstleistungen unterscheide.[688] Zudem komme ein Vergleich mit anderen Dienstleistungen aufgrund des besonderen wissenschaftlichen Leistungsinhalts nicht in Betracht.[689] Endlich wird auf die Mitwirkungsbedürftigkeit des Patienten als weiterer Eigenart des Arzt-Patienten-Verhältnisses aufmerksam gemacht.[690] Diese Sensibilisierungen für die Besonderheiten des Arzt-

---

[682] *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe, S. 137 (141); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 101.

[683] Vom Vertrag sui generis ist der gemischte Vertrag zu unterscheiden. Beim gemischten Vertrag sind Bestandteile verschiedener Vertragstypen derart verbunden, dass sie nur in ihrer Gesamtheit ein sinnvolles Ganzes ergeben, vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 311 Rdnr. 19. Beim Vertrag sui generis wird jedoch eine bewusst eigene Vertragsart geschaffen.

[684] *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 32.

[685] Vgl. die Beispiele bei *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 108 f.

[686] So etwa *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 13.

[687] Vgl. *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1096); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 113.

[688] *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1096).

[689] *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095).

[690] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 113, *Stegers*, ZMGR 2010, 129 (131).

Patienten-Verhältnisses führen dazu, dass der Behandlungsvertrag von gewichtigen Stimmen als Vertrag sui generis qualifiziert wird.[691]

b. Stellungnahme

aa. Argumentationslinie: medizinsoziologische Komplexität

Die Qualifizierung des Behandlungsvertrages als Dienstvertrag kann in der Tat vor folgendem Hintergrund keine Überzeugungskraft entfalten: Zum einen ist die bereits angesprochene, mit der arbeitsteiligen Entwicklung einhergehende Komplexität der ärztlichen Tätigkeit als medizinsoziologische Entwicklung zu beachten.[692] Die Vielschichtigkeit und Vielfältigkeit der ärztlichen Tätigkeit lässt sich nicht allein mit dem oftmals pauschalen Hinweis auf die Einordnung als Dienstvertrag erfassen. So muss konstatiert werden, dass es in der heutigen Medizin[693] vielfach nicht mehr allein um eine vorzunehmende Heilbehandlung im klassischen Sinne geht.[694] Hinzutreten – die nachfolgende Auflistung ist freilich nicht abschließend – Geschlechtsumwandlung, Diagnoseeingriffe oder auch die künstliche Fremdinsemination.[695] Darüber hinaus – und dies ist die zweite Seite der medizinsoziologischen Entwicklung – tritt der Patient häufiger nicht nur in den Kontakt mit dem einen Vertrauensarzt als persönlichen Dienstleister.[696] Die arbeitsteilige Entwicklung in der modernen Medizin führt eher dazu, dass der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung auf ein Minimum, den Kernbereich, reduziert wird. Rationalisierung und Spezialisierung sind in diesem Umfang im Gesundheitsbereich weitestgehend exklusiv. Sofern nur möglich, erfolgt eine Substitution/Delegation von ärztlichen Leistungen an nichtärztliche Mitarbeiter oder spezialisierte Berufskollegen. Die Regelungen zum Dienstvertrag können diese Besonderheit indes nicht berücksichtigen, sind sie doch grundsätzlich personenbezogen.[697] Die Komplexität der ärztlichen Tätigkeit sowohl bezüglich des Leistungsinhalts als auch hinsichtlich der einzelnen Leistungsanbieter spricht insgesamt als

---

[691] V.a. *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1095 f.); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 113; *Wiethölter*, in: Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (104 f.); für das österreichische Recht OGH, JBl. 1992, 520; bezüglich des Probandenvertrages als Sonderfall *Ehling/Vogeler*, MedR 2008, 273 (278), m.w.N. Differenzierend auch *Bydlinski*, in: FS Kralik, S. 345.

[692] Allgemein zu der medizinsoziologischen Entwicklung eingangs § 1 A.

[693] Vgl. auch schon die früheren Hinweise von *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1096).

[694] *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 27.

[695] Vgl. ferner die Beispiele von *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 27; vgl. zudem die Auflistung der verschiedenen Arten von Behandlungsverträgen bei *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnrn. 16 ff.

[696] So schon der Hinweis von *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1049 (1096).

[697] *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages, S. 348.

erster Punkt gegen eine zu pauschale und damit undifferenzierte Qualifizierung des Behandlungsvertrages als Dienstvertrag.

bb. Argumentationslinie: Rechtsgüterschutz und Vertrauen

Neben der Komplexität müssen – insoweit lassen sich die gewonnenen Rechtsprinzipien für die systematische Integration des Behandlungsvertrags in das Privatrecht fruchtbar machen – ferner der herausragende Rechtsgüterbezug und zudem die emotionale Intensität der Arzt-Patienten-Beziehung, die Vertrauensbeziehung, für die dogmatische Einordnung des medizinischen Behandlungsvertrages berücksichtigt werden. Wie bereits herausgearbeitet wurde, ist der Behandlungsvertrag wie kein zweites Schuldverhältnis des BGB auf „*Heilung durch Schädigung*" ausgerichtet. Die damit im Regelfall verbundene Rechtsgütergefährdung setzt den Behandlungsvertrag von anderen Verträgen, vor allem aber auch entscheidend vom Dienstvertrag, ab. Beim Behandlungsvertrag laufen Äquivalenz- und Integritätsinteresse weitgehend parallel. Daher ist die Vertragsbeziehung Arzt/Patient zugleich im besonderen Maße eine Vertrauensbeziehung. Sie ist regelmäßig von einer emotionalen Ausnahmesituation geprägt. Nicht selten stehen das Wohl und Wehe des Patienten und seiner Familie auf dem Spiel.[698] Diese existenzielle Situation führt nun regelmäßig dazu, dass der einzelne Patient sich verstärkt dem einzelnen Arzt, in den er seine (ganze) Hoffnung setzt, offenbart. Notsituationen senken die Hemmschwelle. Das Arzt-Patienten-Verhältnis ist in diesem Moment wie kein anderes Rechtsverhältnis vom christlichen Gebot der Nächstenliebe und der Humanitas getragen.[699] Der dem Dienstvertrag zugrunde liegende Persönlichkeitsbezug ist beim Behandlungsvertrag verstärkt. Überaus treffend wird von *Hollmann* auf diesen Umstand wie folgt hingewiesen: „*Im Rechtsverhältnis zwischen Patient und Arzt geht das persönliche Element noch wesentlich weiter. In den Vertrag wird der gesamte Persönlichkeitsbereich beider Partner einbezogen: Der Patient muss sich dem Arzt in vollem Umfange anvertrauen, und der Arzt muss seine gesamte Persönlichkeit für den kranken Menschen einsetzen; hier geht es ja nicht allein um wirtschaftliche Leistungen und um den sozialen Status des Patienten, sondern um die gesamte durch Krankheit und Tod bedrohte Existenz.*"[700]

Während der Dienstvertrag gemäß § 613 S. 1 BGB von persönlicher *Dienstleistung* geprägt ist, zeichnet den Behandlungsvertrag gleichsam als *plus* die persönliche *Zuwendung* aus. Durchaus – dies sei zugestanden – finden auch andere Dienstleistungen in einem besonderen Vertrauensverhältnis statt; man denke nur an das

---

[698] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 17.

[699] *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 7; ferner *Wiethölter*, in: Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (73). Zum Einfluss der arbeitsteiligen Entwicklung auf diese Vertrauensbeziehung § 1 A IV.

[700] *Hollmann*, ArztR 1977, 69 (70).

Verhältnis Rechtsanwalt-Mandant. Das Arzt-Patienten-Verhältnis geht aber mit dem besonderen ethischen Einfluss über diese allein fachlich gebotene Vertrauensebene hinaus.[701] Eine vergleichbare Differenzierung unternimmt wohl auch der *BGH*, wenn er ausführt: „*Ob man das Verhältnis zwischen Arzt und Patient rechtlich als Dienstvertrag oder als Rechtsverhältnis sui generis sieht, ist für die hier interessierende Frage der ärztlichen Aufklärungspflicht nicht von ausschlaggebender Bedeutung. Denn unabhängig von der rechtlichen Wertung dieses Verhältnisses wird und darf der Richter bei Prüfung dieser Frage den Arzt und den Patienten nicht nur als die Partner eines bürgerlich-rechtlichen Vertrages sehen.*“[702]

Der Arzt erbringt am Patienten kein Werk, keinen Dienst, sondern eine *Zuwendung*. Der medizinische Behandlungsvertrag, dies macht diese Klimax deutlich, ist Rechts- und Vertrauensbeziehung zugleich. Eine vergleichbare Vertrauensbeziehung ist im BGB bislang nicht geregelt, obgleich der Dienstvertrag oder auch der Auftrag einen verstärkten Vertrauensbezug vorweisen können. Daher sollte der Behandlungsvertrag nicht als Dienstvertrag eingeordnet werden. Er ist ein über ein gewöhnliches, dem BGB grundsätzlich zugrundeliegendes ökonomisches Austauschverhältnis hinausgehender „*Vertrauensvertrag eigener Art*“.

cc. Argumentationslinie: Synallagma

Neben diesen medizinsoziologischen und systematischen Gründen soll in diesem Exkurs abschließend auf einen ganz entscheidenden, jedoch bislang im Arztrecht kaum beleuchteten Punkt aufmerksam gemacht werden, welcher der Einordnung des medizinischen Behandlungsvertrages mit dem Kassenpatienten als Dienstvertrag im Wege steht: Die Auswirkungen des Sachleistungsprinzips[703] gemäß § 2 Abs. 2 SGB V auf den synallagmatischen Charakter des Vertrages mit einem Kassenpatienten. Der Dienstvertrag im Sinne von § 611 BGB ist ein gegenseitiger Vertrag im Sinne von § 320 BGB.[704] Kennzeichnend für den gegenseitigen Vertrag ist eine synallagmatische Verknüpfung der jeweiligen Leistungspflichten.[705] Beim Dienstvertrag wird der Dienstverpflichtete zur Leistung der versprochenen

---

701 Differenzierend jüngst auch BVerfG, NJW 2010, 2937 (2939), das die Vertrauensbeziehung Rechtsanwalt/Mandant von anderen, privaten Vertrauensbeziehungen abgrenzt und somit Vertrauensverhältnisse abstuft.

702 BGH, Urt. v. 09.12.1958 - VI ZR 203/57, Rdnr. 19.

703 Näher zum Sachleistungsprinzip *Nebendahl*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 SGB V Rdnrn. 7 ff.

704 Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnr. 9.; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, Rdnr. 1122;

705 Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnr. 5. Vor dem Hintergrund des bestehenden Synallagmas ist bei den Dienstverträgen streitig, ob eine Minderung der Gegenleistung durch den Dienstberechtigten, etwa bei einer fehlerhaften ärztlichen Behandlung, trotz fehlender Regelung in Betracht kommt. Näher zu den Auswirkungen des Behandlungsfehlers auf den Vergütungsanspruch § 6 A I 4. Zu den einzelnen privatrechtlichen Ausprägungen eines Synallagmas näher MünchKomm/*Emmerich*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnrn. 17 ff., m.w.N.

Dienste, § 611 Abs. 1 Alt. 1 BGB, der Dienstberechtigte zur Gewährung der vereinbarten Vergütung verpflichtet, § 611 Abs. 1 Alt. 2 BGB. Dieses Gegenseitigkeitsverhältnis liegt zweifellos bei der Behandlung des Privatpatienten vor; ebenso verhält es sich bei den (seltenen und daher hier nicht weiter beleuchteten) Fällen der vom Kassenpatienten gewählten Kostenerstattung gemäß § 13 Abs. 2 S. 1 SGB V. Im Regelfall erfolgt jedoch eine mittelbare[706] oder unmittelbare[707] Vergütung der ärztlichen Leistungserbringer durch die gesetzlichen Krankenkassen. Die beschriebene Vergütungspflicht im Sinne von § 611 Abs. 1 Alt. 2 BGB trifft daher den Kassenpatienten grundsätzlich nicht. Der *BGH* hat in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 1984 das Verhältnis Leistungserbringer/Kassenpatient in zwei unterschiedliche Rechtsbeziehungen aufgespalten bzw. erweitert: Zum einen in die Behandlungsbeziehung Leistungserbringer/Kassenpatient und zum anderen in die Abrechnungsbeziehung Leistungserbringer/Krankenkasse: „*Aber auch wenn sich die Krankenkasse in Erfüllung einer mit dem Sachleistungsprinzip verbundenen Verpflichtung in die Behandlungsbeziehungen als Vertragspartner des Krankenhausträgers einschaltet, muss das Abrechnungsverhältnis über die Kosten der Behandlung nicht notwendig der zivilrechtlichen Qualifizierung des Behandlungsverhältnisses zwischen Patient und Krankenhaus folgen. Zwar dürfen einheitliche Rechtsverhältnisse für die Rechtswegefrage grundsätzlich nicht auseinandergerissen werden. Ebenso trifft es zu, dass Behandlungspflicht und Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers gegenüber Nicht-Kassenpatienten grundsätzlich durch den einen Vertrag zu einer synallagmatischen Einheit verbunden sind, die auch für die Rechtswegeregelung erhalten bleiben muss. Indes ist für die ärztliche Versorgung der Kassenpatienten, auch was die stationäre Krankenhausbehandlung angeht, durch die sozialversicherungsrechtlichen Vorschriften eine Zäsur zwischen dem Behandlungsverhältnis zwischen Patient und Krankenhaus und der Übernahme der Behandlungskosten durch die Krankenkasse vorgegeben, die hier ausnahmsweise eine selbständige öffentlich-rechtliche Qualifizierung des Abrechnungsverhältnisses erfordert.*“[708]

Der *VI. Haftungssenat* trifft hier zwei entscheidende Aussagen: Erstens weist er darauf hin, dass das sozialrechtliche Abrechnungsverhältnis keinerlei Auswirkungen auf die privatrechtliche Qualifikation des Behandlungsverhältnisses hat. Der Unterschied zum Behandlungsvertrag mit dem Privatpatienten liegt danach allein in der Abkoppelung des Honoraranspruchs.[709] Der Behandlungsanspruch des Kassenpatienten folgt weiterhin allein aus dem unmittelbaren Behandlungsvertrag. Die zweite Ausführung bezieht sich auf die grundsätzlich bestehende synallagma-

---

[706] Bei der Zwischenschaltung der Kassenärztlichen Vereinigung im Rahmen der ambulanten Versorgung.

[707] Bei der direkten Vergütung im Rahmen der stationären Versorgung.

[708] BGHZ 89, 250 = NJW 1984, 1820 (1821 f.).

[709] So auch OLG Saarbrücken, NJW 2000, 1778: „*Der niedergelassene Kassenarzt und der Kassenpatient sind einander durch einen privatärztlichen Behandlungsvertrag verbunden, der stillschweigend zu Stande kommt, indem sich der Patient in die Behandlung begibt und der Arzt die Behandlung übernimmt. Im Unterschied zum Privatpatient ist jedoch der Honoraranspruch des Kassenarztes von dem Behandlungsvertrag abgekoppelt und richtet sich unmittelbar gegen die gesetzliche Krankenkasse.*“

tische Einheit des Behandlungsvertrages gegenüber dem Privatpatienten. Diese Einheit ist jedoch aufgrund der Zäsur des Sachleistungsprinzips beim Vertrag mit dem Kassenpatienten nicht mehr gegeben. Das Sachleistungsprinzip durchbricht das Synallagma, indem es den Vergütungsanspruch des Leistungserbringers auf das Abrechnungsverhältnis umleitet und damit vom Leistungsanspruch des Patienten löst. Gilt allgemein beim gegenseitigen Vertrag der Grundsatz *do ut des*, so heißt es beim Behandlungsvertrag mit dem Kassenpatienten vielmehr: „*do ut des ut det*".[710] Anknüpfend an diese Rechtsprechung hat sich der *BGH,* nun freilich im Gewand des III. Zivilsenats, in einer jüngeren Entscheidung wiederum mit dem Synallagma im Behandlungsvertrag auseinandergesetzt: „*Die Parteien gingen nach den Feststellungen des BerGer. davon aus, die Tochter der Bekl. werde als Kassenpatientin in das Krankenhaus der Kl. aufgenommen. In einem solchen Fall besteht ein Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers unmittelbar und ausschließlich gegen die gesetzliche Krankenkasse. Das gilt unbeschadet dessen, dass neben dieses öffentlich-rechtliche „Abrechnungsverhältnis" ein „Behandlungsverhältnis" zwischen dem Patienten und dem Krankenhaus tritt, das auf einem privatrechtlichen Vertrag (§ 611 BGB) beruht. Dementsprechend richtete sich schon das „Angebot" der Kl. von vornherein auf die stationäre Behandlung ohne Kostenbelastung nach den Modifizierungen des Sozialrechts für die Patientin und die diese einliefernde Bekl.*"[711]

Die Ausführungen des *III. Zivilsenats* sind widersprüchlich. Zunächst beruft er sich auf die Differenzierung zwischen Abrechnungs- und Behandlungsverhältnis. Danach ist der Vergütungsanspruch allein gegen die Krankenkasse gerichtet. Anschließend wird dessen ungeachtet der Behandlungsvertrag als synallagmatischer (Dienst-) Vertrag eingeordnet. Schließlich erfolgt der Hinweis, dass das Vertragsangebot des Leistungserbringers gegenüber den Kassenpatienten aufgrund des Sachleistungsprinzips a priori auf eine Behandlung ohne Kostenbelastung gerichtet ist. Gegen das Synallagma Zahlungspflicht/Behandlungspflicht beim Kassenpatienten spricht damit bereits die Existenz des Sachleistungsprinzips an sich. Das *BSG* hat sich – dies ist vorweg zu bemerken – bezüglich der Frage, ob bei einer nur unwirtschaftlichen Vergütung durch die Krankenkasse private Zuzahlungen vom Kassenpatienten gefordert werden können, deutlich zu dem Sachleistungsprinzip bekannt. Danach sollen gesetzlichen Versicherten – von Ausnahmen abgesehen – finanzielle Aufwendungen nur in Gestalt von Sozialversicherungsbeiträgen entstehen.[712] Stünden allerdings Vergütungspflicht und Behandlungspflicht im synallagmatischen Gegenseitigkeitsverhältnis, dürfte der Leistungserbringer bei zu erwartender, unzureichender Vergütung gegenüber dem

[710] Zu diesem Grundsatz *Larenz*, Schuldrecht I, S. 210 Fn. 22; hierbei können sich überaus problematische Rückabwicklungsprobleme im Drei-Personen-Verhältnis bilden, näher *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte, S. 245 ff., m.w.N.

[711] BGHZ, 163, 42 = NJW 2005, 2069 (2070).

[712] BSG, MedR 2002, 42 (44).

Kassenpatienten die Unsicherheitseinrede nach § 321 Abs. 1 S. 1 BGB erheben.[713] Dies ist jedoch nicht der Fall: Er muss, sofern generell Versicherungsschutz besteht, seiner (einseitigen) Behandlungspflicht gegenüber dem Kassenpatienten nachkommen. Dies zeigt das Beispiel der Budgetierung. Selbst im (in der Praxis nicht seltenen) Fall, regelmäßig zum Quartalsende, dass dem Vertragsarzt zur Behandlung des Kassenpatienten zur Verfügung stehende Budget aufgebraucht ist, muss eine Behandlung stattfinden.[714] Der Kassenpatient kann zwar dafür sorgen, dass er versichert ist; dies garantiert allerdings noch keine (ausreichende) Vergütung des Leistungserbringers. Die Vergütungsfrage betrifft allein das Abrechnungsverhältnis zur Kassenärztlichen Vereinigung bzw. Krankenkasse. Wenn aber nun die vertragliche Einigung gemäß §§ 145 ff. BGB keine Vergütung als essentialia negotii beinhaltet, kann daraus auch keine synallagmatische Verpflichtung der Patienten erwachsen.[715] Das Angebot des Leistungserbringers ist allein auf die Behandlung des Patienten ausgelegt. Mit der Erfüllung der Behandlungspflicht erfüllt der Leistungserbringer seine Leistungspflicht gegenüber dem Kassenpatienten und gegenüber der Krankenkasse, § 366 Abs. 1 BGB. In einer weiteren Entscheidung, jetzt vom *Kartellsenat*, wird für das Krankenhausrecht gleichwohl das bestehende Synallagma zwischen Behandlungspflicht des Krankenhauses als Leistungserbringer und der Zahlungspflicht des Krankenhauses betont: „*Die Zahlungspflicht der Krankenkasse ist das Korrelat zu der vom Krankenhaus gemäß § 108 SGB V gegenüber den Kassenpatienten übernommenen Behandlungspflicht.*“[716]

Eine Leistungspflicht, hier die Behandlungspflicht des Leistungserbringers, kann aber grundsätzlich nicht in einem doppelten Synallagma, also gegenüber der Krankenkasse und dem Patienten, stehen.[717] Anders ist dies beim Vertrag zugunsten Dritter gemäß § 328 BGB:[718] Ein solcher liegt aber beim Behandlungsvertrag gerade nicht vor, da eine eigene vertragliche Verpflichtung des Leistungserbringers gegenüber dem Kassenpatienten vorliegt.[719]

Als Konsequenz aus den vorstehenden Ausführungen muss der praktische Regelfall des Behandlungsvertrags mit dem Kassenpatienten privatrechtsdogma-

---

[713] Die Einrede muss jedoch bis zum Antritt der Dienste vom Dienstverpflichteten erhoben worden sein, vgl. MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB, § 611 Rdnr. 10.

[714] Vgl. etwa LG Oldenburg, Urt. v. 12.01.2007 - Az.: 8 S 515/06, Juris, Rdnr. 3.; näher zu dieser Problematik *Schirmer/Fuchs*, in: Katzenmeier/Bergdolt, Das Bild des Arztes, S. 130 (134 f.).

[715] So mit Recht *Eberhardt*, AcP 171 (1971), 289 (326).

[716] BGHZ 175, 333 = NJW-RR 2008, 1426 (1428).

[717] Dies würde insbesondere de facto zu einem Vertrag zu Lasten Dritter führen, hierzu näher § 3 A II.

[718] RGZ 65, 48; 150, 133; Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnr. 5.

[719] Anders hingegen wohl MünchKomm/*Gottwald*, BGB, § 328 Rdnr. 45, wonach der Kassenpatient keine private Willenserklärung abgibt; offen gelassen von BGHZ 97, 273 = NJW 1986, 2364.

tisch als einseitig verpflichtender Vertrag angesehen werden.[720] Diese Vertragsform begründet nur für eine Vertragspartei eine Hauptleistungspflicht gemäß § 241 Abs. 1 BGB, während die andere Vertragspartei lediglich die Nebenpflichten aus § 241 Abs. 2 BGB treffen.[721] Der Kassenpatient wird nach der Rechtsprechung des *BGH* nicht mit Vergütungs- und damit Leistungspflichten beschwert.[722] Da den Kassenpatienten keinerlei Vergütungspflichten treffen, kann – um eine praktische Konsequenz dieser Qualifikation zu schildern – auch der gesetzlich Versicherte Minderjährige ohne Zustimmung seiner Eltern einen Behandlungsvertrag abschließen. Es ist ein lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft im Sinne von § 107 BGB.[723] Anders ist dies bei den minderjährigen Privatpatienten: Diese trifft eine unmittelbare Vergütungspflicht, sodass es bei diesen eine Zustimmung der Eltern für den Abschluss des Behandlungsvertrages bedarf.

Kann nach diesen Ausführungen der Behandlungsvertrag mit dem Kassenpatienten nicht als Dienstvertrag eingeordnet werden, sollten auch die übrigen Behandlungsverträge im Sinne einer einheitlichen Regelung nicht dem Dienstvertragsrecht unterworfen werden. Der Behandlungsvertrag ist aus den geschilderten medizinsoziologischen und vor allem arztrechtssystematischen Gründen im Ergebnis ein Vertrag sui generis.

dd. Bevorstehende Kodifizierung des Behandlungsvertrages

Abschließend soll anhand dieser herausgearbeiteten Erkenntnisse die geplante Kodifizierung des Behandlungsvertrages eine erste rudimentäre Einordnung finden. Sie ist zunächst einmal dahingehend zu begrüßen, dass sie im Wesentlichen eine Konsequenz der soeben dargestellten Argumentationslinie darstellt. Der Behandlungsvertrag ist von enormer wirtschaftlicher und damit auch rechtlicher

---

[720] So bislang wohl allein *Gsell*, jurisPR-BGHZivilR 28/2005 Anm. 3, ohne aber näher auf die hier erörterte Problematik einzugehen bzw. eine anderweitige (privatrechtsdogmatische) Begründung zu liefern.

[721] Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnr. 4.

[722] Sieht man hingegen etwa in der Praxisgebühr gemäß §§ 28 Abs. 4; 61 S. 2 SGB V eine Leistungspflicht des Patienten, vgl. *Stegers*, ZMGR 2010, 129 (131), liegt ein unvollkommen zweiseitiger Vertrag vor. Beim unvollkommen zweiseitigen Vertrag stehen die Leistungspflichten nicht im Gegenseitigkeitsverhältnis, Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 320 Rdnr. 4a. Der Leistungserbringer behandelt aber den Patienten allein, um das Vergütungshonorar zu erhalten, zumal ihm die Praxisgebühr nicht zugutekommt. Allein darin liegt die Leistungspflicht des Patienten, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 117.

[723] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 97; *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 38 Rdnr. 9. Anders gleichwohl *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 19 Fn. 40, mit dem Verweis auf weitere Pflichten des Kassenpatienten, ohne diese näher zu verifizieren. Insbesondere die Praxisgebühr schuldet gemäß § 28 Abs. 4 SGB V der minderjährige Kassenpatient gerade nicht.

Bedeutung.[724] Nicht zuletzt aufgrund der regelmäßigen Ärztefrequentierung,[725] gehört der Abschluss eines Behandlungsvertrages zum Lebensalltag der einzelnen Privatrechtssubjekte. Diese Tatsache allein rechtfertigt freilich noch nicht die Kodifizierung des Behandlungsvertrages im BGB.[726] Es wird im Gegenteil beklagt, dass im Arztrecht „*eher eine Normenhypertrophie denn ein Normdefizit*" herrsche.[727] Zudem wird darauf hingewiesen, dass eine Normierung des Behandlungsvertrages eine Festschreibung auf einen status quo bedeute.[728] Diese Argumente entfalten allerdings nur eine geringe Überzeugungskraft: Wird das Arztrecht auch durch eine Vielzahl von Normierungen geprägt, bleibt festzustellen, dass der Ausgangspunkt, der Behandlungsvertrag, gerade nicht positivrechtlich verankert ist. Dagegen sollten gerade im Sinne einer Systementwicklung die Kernbereiche normiert sein, um daraus Einzelfallregelungen ableiten zu können; eine Regelung von Randbereichen erweist sich als entbehrlich, ja als nicht systemgerecht.[729] Ferner wird durch eine Normierung nur dann ein status quo bestimmt, wenn das dogmatische Fundament nicht zuvor gelegt wurde.[730] Eine Weiterbildung des Rechts ist ansonsten auch nach einer Normierung weiterhin möglich und überdies erforderlich. Deswegen sprechen gerade rechtssystematische Argumente für eine gesetzliche Regelung des Behandlungsvertrages. Eine Normierung des Behandlungsvertrages dient einer privatrechtsdogmatischen Weiterentwicklung des Arztrechts und vice versa einer damit einhergehenden Fortentwicklung des BGB. So wird vor allem den beiden arztrechtlichen Prinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes und des Schutzes der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient eine klare positivrechtliche Grundlage verliehen, wenngleich § 630b BGB zukünftig lediglich auf § 613 S. 1 BGB verweisen soll und damit keine inhaltliche Änderung mit sich bringt.[731] Speziell die besondere Vertrauensbeziehung zweier Vertragspartner findet im bisherigen privatrechtlichen System nur einen unzureichenden positivrechtlichen Niederschlag. Der Behandlungsvertrag ist wie kein anderer im BGB geregelter Vertrag vom Zusammenspiel von Ethik und Recht geprägt. Dies unterscheidet ihn insbesondere von verwandten Verträgen, wie Dienstvertrag oder

---

[724] Vgl. nur die Zahlen und Fakten des BMG zur wirtschaftlichen Bedeutung des Gesundheitsbereichs, abrufbar unter www.bmg.bund.de.

[725] Im Durchschnitt besucht der Deutsche nach neusten Zahlen 18-mal den Arzt, vgl. die Zahlen der Barmer-GEK aus dem Jahr 2010, abrufbar unter www.barmer-gek.de.

[726] Ausführlich zur Notwendigkeit der Kodifikation der Patientenrechte *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 211 ff., m.w.N.

[727] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 88.

[728] Erneut *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 88 f.

[729] Daher wird dem Gesetzgeber mit Grund vorgeworfen, Unnötiges zu regeln, während er Sinnvolles nicht regelt, vgl. nur *Wolf*, AcP 182 (1982), 80 (97).

[730] Vgl. hierzu die Ausführungen im Prolog.

[731] Vgl. Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 24 mit dem Hinweis, dass die Arztvorbehalte aus den anderen Vorschriften, etwa § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V, unberührt bleiben. Im Ergebnis sind damit freilich keine neuen Erkenntnisse gewonnen.

Auftrag, die ebenfalls ein Vertrauenselement beinhalten. Die Behandlung durch den Leistungserbringer wird dabei aber gleichzeitig vergütet, sodass sich die Behandlung nicht bloß im gesellschaftlichen, außerrechtlichen Bereich abspielt.[732] Das BGB kennt bis dato keinen entgeltlichen Vertrag, der in diesem Maße durch Elemente des Vertrauens, der Treue, ja der christlichen Nächstenliebe und Menschlichkeit geprägt ist. Dies läuft grundsätzlich der Privatautonomie als Grundprinzip des Vertragsrechts zuwider, wonach sich der Vertrag als Kompromiss zweier Individualegoismen darstellt.[733] Beim Behandlungsvertrag ist der einzelne Leistungserbringer im Grundsatz nicht von Egoismus, sondern vielmehr von seiner (Standes-) Ethik geprägt. Dieser Grundsatz ist jedoch heutzutage in den Zeiten knapper Ressourcen und zunehmenden Arbeitsteilungen vielfach in Vergessenheit geraten. Umso mehr erscheint es notwendig, mit einer Kodifizierung des Behandlungsvertrages auch der modernen Medizin die ethische Prägung der medizinischen Behandlung im Speziellen, aber auch des Privatrechts im Allgemeinen vorzuhalten. Darüber hinaus kann eine Kodifizierung auf die beschrieben, vielschichtigen Gestaltungsmöglichkeiten der Behandlungsverträge Rücksicht nehmen können.[734] Laut dem Referentenentwurf soll der Behandlungsvertrag in der Tat auch die Vertragsverhältnisse zwischen dem Patienten und anderen Gesundheitsberufen, beispielsweise Heilpraktikern, Hebammen etc., regeln.[735] Insoweit reagiert die Kodifizierung – dies ist zu begrüßen – auf jene Ambivalenz der modernen Medizin.

Kritisch, weil (mit der bisherigen Rechtsprechung)[736] widersprüchlich sind hingegen die Ausführungen im Referentenentwurf zu den Auswirkungen des Sachleistungsprinzips als sozialrechtlicher „*Zäsur*“ auf das Synallagma des Behandlungsvertrages zu bewerten. Zu Recht wird als klassischer Anwendungsfall des § 630a BGB n.F. der (unproblematische) Vertrag zwischen Behandlungsseite und Privatpatient angesehen.[737] Es sei dabei der besonderen Konstruktion der GKV geschuldet, dass der (Kassen-) Patient und der Arzt zwar einen privatrechtlichen Vertrag abschließen; gleichwohl überlagere das Recht der gesetzlichen Krankenversicherung an dieser Stelle das Privatrecht mit der Folge, dass sich der ansonsten synallagmatische Behandlungsvertrag zwischen dem Arzt und dem (Kassen-) Patienten in ein „*partiell einseitiges Vertragsverhältnis*“ umwandle.[738] Aus dieser Aussage lassen sich mehrere Erkenntnisse ziehen. Zum einen scheint mit dem Referentenentwurf der Streit zwischen Versorgungs- und Vertragskonzeption zugunsten der

[732] Vgl. auch BGH, NJW 1977, 2120, für die Gratisbehandlung eines Berufskollegen.
[733] Vgl. *Wiethölter*, in: Die Aufklärungspflicht des Arztes, S. 71 (104).
[734] Vgl. §§ 1, 2 des Gesetzgebungsvorschlags von *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag, S. 1051 (1111), der nach Arzt und Krankenhausverträgen differenziert.
[735] Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 15.
[736] Vgl. soeben § 4 B I 3 b cc.
[737] Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 22.
[738] Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 22.

zweiten Variante entschieden zu sein. Dies deckt sich mit den hier gewonnenen Erkenntnissen. Des Weiteren ist es durchaus begrüßenswert, dass der Referentenentwurf überhaupt auf die Problematik des Synallagmas beim Behandlungsvertrag mit dem Kassenpatienten eingeht, wird bzw. wurde bis dato dieser Diskurs doch eher außer Acht gelassen. Der Referentenentwurf lässt den Leser der soeben wiedergegebenen Ausführungen aber doch eher mit fragenden Blicken zurück, wenn er den in Rede stehenden Behandlungsvertrag als ein „*partiell einseitiges Vertragsverhältnis*“ beschreibt. Dem Privatrecht ist eine solche Rechtsfigur fremd; der Referentenentwurf bedient sich damit eines privatrechtsdogmatischen Phantoms, um die Einordnung des Behandlungsvertrages als speziellen Dienstvertrag und damit die Anwendung dienstrechtlicher Vorschriften über § 630b BGB n.F. zu rechtfertigen. Im Ergebnis kann damit nichts anderes als der in diesem Rahmen erstmals argumentativ herausgearbeitete einseitig verpflichtende Vertrag gemeint sein, der zusammen mit der Argumentationslinie Rechtsgüterschutz und Vertrauen für eine vom Dienstvertragsrecht separate Einordnung des Behandlungsvertrages Partei nimmt. Zumindest muss man bei der Anwendung der dienstvertraglichen Vorschriften die Besonderheit des Behandlungsvertrages gegenüber anderen (herkömmlichen) Dienstverträgen berücksichtigen.

Es lässt sich damit festhalten: Eine Kodifizierung des Behandlungsvertrages wird das Privatrecht entscheidend weiterentwickeln. Der Behandlungsvertrag als „*Vertrauensvertrag*“ spiegelt wie kein anderes Rechtsverhältnis das Zusammenspiel von Ethik und Recht wider. Insoweit hat *Deutsch* treffend und im Ergebnis erfolgreich appelliert: „*Lassen sie uns das Vertrauen zum Rechtsmerkmal machen, und das Recht wird human.*“[739]

4. Zusammenfassung

Der privatrechtliche Behandlungsvertrag zwischen Arzt und Patient sieht eine persönliche Leistungserbringungspflicht des jeweiligen Arztes vor. Diesem anerkannten Grundsatz liegen objektiv-teleologisch zum einen der verstärkte Rechtsgüterschutz respektive zum anderen der Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient als arztrechtliche Prinzipien zugrunde. Eine Qualifizierung des Behandlungsvertrages als Dienstvertrag erweist sich vor diesem Hintergrund sowie der medizinsoziologischen, arbeitsteiligen Entwicklung und des fehlenden Synallagmas beim Vertrag mit den Kassenpatienten als nicht sachgerecht. Daher ist die im Zuge der Kodifizierung geplante Einordnung des Behandlungsvertrages als besonderer Dienstvertrag systematisch verfehlt. Die Aufnahme des Behandlungsvertrages in das BGB ist jedoch dahingehend zu begrüßen, als dass damit ein bis dahin unbekannter *Vertrauensvertrag* eine positivrechtliche Anerkennung findet

---

[739] *Deutsch*, ArztR 1980, 289 (292).

und zugleich auf die Vielschichtigkeit der modernen, arbeitsteiligen Medizin reagiert wird.

II. Gesteigerte Verkehrspflichten

1. Ärztliche Tätigkeit als Entstehungsgrundlage der Verkehrsplichten

Wurden rückblickend die Auswirkungen der arztrechtlichen Modifikationen auf den vertraglichen Pflichtenkreis dargestellt, so soll vorausblickend deutlich gemacht werden, dass sich diese Modifizierungen auch auf den haftungsrechtlichen Pflichtekanon erstrecken. Dies folgt bereits daraus, dass die Vertragsverletzung und die unerlaubte Handlung einen „*gemeinsamen, weitgehend verschmolzenen Haftungsgrund der Arzthaftung*" bilden.[740] Wie bereits ausgeführt wurde,[741] gilt im allgemeinen Haftungsrecht grundsätzlich der Vorrang der Freiheitsmaxime und der wirtschaftlichen Effektivität gegenüber der Präventionswirkung. Eine Verantwortung für die Rechtsgüter Dritter ist danach nur unter bestimmten Voraussetzungen gegeben. Dieses Zusammenspiel von Handlungsfreiheit und Rechtsgüterschutz, von *casum sentit dominus* und *neminem laedere,* gewährleistet das Verschuldensprinzip. Gleiches gilt auch im arzthaftungsrechtlichen System, da der behandelnde Arzt erst dann haften soll, wenn ihm ein Verschulden zur Last gelegt werden kann. Die freiheitssichernde Funktion des Verschuldensprinzips verdient insbesondere bei den Freiberuflern, im Lichte der Therapiefreiheit speziell beim Arzt, eine gesteigerte Betonung. Es gilt weiterhin: „*Arzthaftung ist Verschuldenshaftung*".[742] Dieses Verschuldensprinzip wird aber, wie in gleicher Weise bereits dargetan wurde,[743] durch vielfache Verhaltensgebote im Sinne von Verkehrspflichten limitiert. Während das Verschuldensprinzip lediglich eine Vermeidungslast statuiert, weisen die Verkehrspflichten als Maßstab für sachgemäßes Verhalten in gefahrträchtigen Situationen[744] dem Gefahrverursacher eine Handlungslast zu. Das Verschuldensprinzip gestattet dem Arzt nur solange bzw. soweit die Handlungsfreiheit, wie er den Sorgfalts- bzw. Verkehrspflichten seines Berufes genügt.[745] Die Verletzung

[740] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 160; Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 20.

[741] § 3 B I 1.

[742] *Deutsch*, NJW 1993, 1506; *ders.*, JZ 2002, 588; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 150; dies gilt im Übrigen rechtsvergleichend auch für nahezu alle weiteren arzthaftungsrechtlichen Rechtsordnungen, vgl. *ders.*, Arzthaftung, S. 150 Fn. 1; hierzu instruktiv ferner *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, passim; ebenfalls rechtsvergleichend zu den Alternativen der ärztlichen Verschuldenshaftung *Brüggemeier*, Haftungsrecht, S. 461 ff., m.w.N. Zu der Diskussion über die Arzthaftung als Gefährdungshaftung *Deutsch*, in: FS v. Caemmerer, S. 329 ff.; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 174 ff., m.w.N.

[743] § 3 B I 2.

[744] Vgl. *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts, S. 49 (71 ff.); *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 164.

[745] *v. Caemmerer*, RabelsZ 42 (1978), 5 (24); *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 97 Rdnr. 37. RGZ 54, 53 (54), spricht von den Verkehrspflichten als „*Pflicht zur Anwendung von*

der äußeren Sorgfalt, hier der Verkehrspflicht, indiziert dabei die Verletzung der inneren Sorgfalt, das Vertretenmüssen bzw. Verschulden.[746] Die Verkehrspflichten gründen primär auf dem Gedanken, dass derjenige, der eine Gefahrenlage schafft bzw. in seinem Bereich andauern lässt, die nach den Umständen erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat.[747] Dieses klassische Begründungsmodell der Bereichshaftung bedarf im Rahmen der ärztlichen Behandlung freilich der Ergänzung um den Aspekt der Berufshaftung oder allgemeiner der Übernahmehaftung:[748] Mit der (vertraglichen) Übernahme einer ärztlichen Behandlung erwachsen der Behandlungsseite haftungsrechtliche Verkehrspflichten zum Schutz und der Erhaltung der Gesundheit der Patienten.[749] Eine solche Erweiterung der Begründung von Verkehrspflichten beruht im Wesentlichen auf der grundlegenden *Milzbrand-Entscheidung* des *RG*: Hier wurde die Entstehung von Verkehrspflichten über die Bereichshaftung hinaus um den Gedanken erweitert, dass „*derjenige, der, indem er eine damit in einem gewissen Zusammenhange stehende Berufstätigkeit ausübt und sich dafür dem Publikum anbietet, eine Verantwortung dafür übernimmt, dass da, wo von seinen Diensten Gebrauch gemacht wird, ein geordneter Verlauf der Dinge gewährleistet ist. Durch eine Berufsbetätigung oder einen Gewerbebetrieb dieser Art werden solche besonders gearteten Rechtspflichten erzeugt, die man in einem umfassenden Sinne Verkehrspflichten nennen kann.*“[750] Die Übernahme einer Tätigkeit wird seitdem

---

Sorgfalt“; hierzu ferner *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 2. Im Einzelnen zu der Differenzierung zwischen Verkehrspflichten und Fahrlässigkeit, *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 367. MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 233, sieht in den Verkehrspflichten „*nichts anderes als deliktische Sorgfaltspflichten*“. Gänzlich krit. zum Begriff der Sorgfaltspflicht hingegen *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 173 Fn. 196.

[746] Vgl. etwa BGHZ 80, 186 = NJW 1981, 1603 (1605 f.); *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889 (891; 910); *Spickhoff*, NJW 2002, 2530 (2535); diese Indizwirkung ist mittlerweile in § 280 BGB ausdrücklich normiert. *Spickhoff*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2008, S. 163 (164), weist gleichzeitig auf die Grenzen der Indizwirkung sowie die Etablierung eines beweglichen Systems innerhalb des § 280 Abs. 1 BGB hin. Zum Verhältnis von äußerer und innerer Sorgfalt ferner *Larenz*, Richtiges Recht, S. 98; krit. zu dieser terminologischen Differenzierung stellvertretend *Fabarius*, Äußere und innere Sorgfalt, S. 148.

[747] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 17; vgl. § 3 B I 2.

[748] Das Verhältnis von Berufs- und Übernahmehaftung ist umstritten. Die ärztliche Profession wirkt nach einer Ansicht nicht pflicht*begründend*, sondern vielmehr pflicht*verstärkend*, so etwa *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 409; *Bydlinski*, AcP 188 (1988), 447 (464); anders hingegen etwa *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 49 ff. Allgemein zu dieser (im Ergebnis nicht weiter relevanten) Problematik, Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. E 22. Im Rahmen der Arzthaftung entsprechen sich weitestgehend der Begriff der Berufs- und Übernahmehaftung.

[749] Stellvertretend *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 63; Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 38; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, A 55 ff, m.w.N. aus der Rechtsprechung. Allgemein zu der Übernahme einer Aufgabe als Entstehungsgrund für die Verkehrspflichten *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 408 ff., u.a. mit Verweis auf die strafrechtliche Literatur.

[750] RGZ, 102, 372 (375), vgl. hierzu näher *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 401; *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person, S. 395 ff.

wiederholt für die Begründung von Verkehrspflichten herangezogen.[751] Sie führt, zumal in Ausübung einer besonderen Qualifikation (in concreto einer ärztlichen Behandlung), zu der pflichtenverstärkenden Begründung von haftungsrechtlichen Pflichten, zu Verkehrspflichten.[752] Die Berufshaftung des Arztes gründet dabei auf der Außerachtlassung des medizinischen Standards.[753] Arzthaftung ist damit die schuldhafte Verletzung einer ärztlichen Berufs- bzw. Verkehrspflicht.[754] In diesem Fall liegt vertragsrechtlich auf der einen Seite eine Leistungsstörung vor; deliktsrechtlich verstößt der Arzt gegen die allgemeine Rechtspflicht, den ihm anvertrauten Patienten nicht körperlich oder gesundheitlich zu schädigen.[755] Übernimmt der Arzt die Verantwortung für die höchsten Rechtsgüter des Patienten, muss er diesem Vertrauensvorschuss gerecht werden, mithin den Standard der medizinischen Wissenschaft beachten und einhalten.[756] Die Arzthaftung ist damit aufgrund ihres Gleichlaufs von vertraglicher und deliktischer Haftung (mittlerweile)[757] eine Form der *Vertrauenshaftung*.[758]

2. Objektiv-teleologische Auslegung: gesteigerte Verkehrspflichten

Den behandelnden Arzt treffen je nach Tätigkeitsbereich unterschiedliche Verhaltenspflichten; dabei korrespondieren mit den besonderen Pflichtenprogrammen

---

[751] Vgl. stellvertretend die einzelnen Nachweise bei Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. E 21. Demzufolge treffen bei der Delegation von Verkehrspflichten denjenigen, der diese Pflichten übernimmt durch die Übernahme dieser Aufgabe selbstständige Verkehrspflichten, so jüngst BGH, NJW 2008, 1440 (1441).

[752] Vgl. RGZ, 102, 372 (375); ferner *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 165; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 101 Rdnr. 20. Allgemein zur Berufshaftung *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 401; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnrn. 255 ff.; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnrn. 432 ff.

[753] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 56, m.w.N.

[754] Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 165 ff.; ferner *Deutsch*, NJW 1993, 1506 (1508); *Ehling*, Versicherung und Rückversicherung, S. 164; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 429, m.w.N.

[755] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 56.

[756] Der Standard der medizinischen Wissenschaft wirkt dabei normativ: Zum einen passt er sich neuen Entwicklungen an, während gleichzeitig überholte Methoden oder fehlende Alternativen niemals Standard sein können, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 15, m.w.N. Insoweit ist exakt zwischen dem „*Stand der Wissenschaft und Technik*" als etwas Gegebenes und Erreichtes und dem „*Standard*" als flexibles Kriterium zu differenzieren, so überzeugend erneut *Deutsch*, NJW 1987, 1480 (1480 f.). Näher zum Begriff des Standards als „*Kombination von wissenschaftlicher Erkenntnis, ärztlicher Erfahrung und professioneller Akzeptanz*" *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. X Rdnrn. 6 ff., m.w.N.

[757] Für das alte Recht noch ablehnend *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 2 f, unter dem Hinweis, dass das Schwergewicht allein auf dem deliktischen Unrecht liege. Dies ist freilich (mittlerweile) nicht mehr der Fall. Näher zum Zusammenspiel von Berufs- und Vertrauenshaftung *Mäsch*, Chance und Schaden, S. 308 ff.

[758] So wohl auch Soergel/*Krause*, BGB, § 823 Anh. II Rdnr. 25.

entsprechende Sorgfaltsmaßstäbe.[759] Die Verkehrspflichten statuieren demzufolge den Haftungsmaßstab, den Grad der erforderlichen Sorgfalt, sodass sie die Intensität des haftungsrechtlichen Rechtsgüterschutzes bestimmen.[760] Dies lässt sich gemäß der hier intendierten Grenzbildung anhand der arbeitsteiligen Medizin veranschaulichen. So gelten im Interesse der Prävention bei Tätigkeiten, die einer gewissen Spezialisierung unterliegen, diejenigen Sorgfaltsmaßstäbe, die an einen solchen Spezialisten (Facharzt) zu richten sind und nicht etwa die Qualifikation des konkret Handelnden.[761] Der einzelne Arzt haftet im Falle einer Unterqualifikation gegebenenfalls aus einem sogenannten Übernahmeverschulden.[762] Ferner münden die allgemeinen Pflichten zur betrieblichen Organisation in besondere ärztliche Pflichten zur Koordinierung der jeweils konkreten Behandlungsabläufe mit dem Ziel, den fachärztlichen Standard der Gesamtbehandlung lückenlos sicherzustellen.[763] Diese gesteigerten Verkehrspflichten basieren auf folgendem objektiv-teleologischen Zusammenhang: Die ärztliche Tätigkeit ist zum einen „*körperverletzungsgeneigt*" und geht damit regelmäßig mit einer erhöhten Rechtsgutsgefährdung einher.[764] Zum anderen ist das Verletzungsobjekt ein Mensch, sodass die ärztliche Tätigkeit zu einer Schädigung der obersten Rechtsgüter bzw. damit einhergehend zu einer Verletzung der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient führen kann.[765] Die abstrakte Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter und die Eingriffsintensität sind im Rahmen der Arzthaftung demnach besonders ausgeprägt. Deswegen bedarf es nicht nur der ärztlichen Einhaltung von Berufspflichten, sondern vielmehr der *verstärkten* Beachtung solcher Verhaltenspflichten: Die oftmals existenzielle Situation[766] und hilflose Lage[767] des Patienten im Rahmen einer ärztlichen Behandlung mit der abstrakten Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG sowie die Eingriffsintensität ärztlichen Handelns gebieten getreu dem beweglichen System bei der Entstehung von verfassungsrechtlichen Schutzpflichten einen über herkömmliche Sicherungspflichten hinausgehenden Rechtsgüterschutz.[768]

---

[759] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 166; ferner *Deutsch*, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt, S. 30 ff.

[760] *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts, S. 22.

[761] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 166; näher zu diesem sogenannten Facharztstandard Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 63, m.w.N. Der Konflikt zwischen Rechtsgüterschutz und der ärztlichen Fachausbildung stellt sich dabei ersichtlich im Rahmen von Anfängeroperationen; im Ergebnis darf es jedenfalls nicht zu einer Verkürzung der Behandlungsqualität kommen, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 209. Näher zur Anfängeroperation § 6 A I 2 a.

[762] *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 22 ff., m.w.N. Weiterführend hierzu ebenfalls § 6 A I 2 a.

[763] Vgl. wiederum *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 53 ff.

[764] So treffend *Deutsch*, VersR 1982, 305.

[765] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 158.

[766] *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161 (179); ferner *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 151.

[767] Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 38.

[768] Vgl. § 2 B I 2.

Neben dieser verfassungskonformen Auslegung der arzthaftungsrechtlichen Vorschriften folgen die verstärkten Sorgfaltsanforderungen auch aus der teleologischen Auslegung, der Berücksichtigung des ärztlichen Heilauftrags als ethischer Grundlage. Der ärztliche Heilauftrag mit seinen Ausprägungen verstärkter Rechtsgüterschutz und Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient bildet das maßgebliche Gerechtigkeitskriterium im Sinne einer arztrechtlichen Rechtsidee[769] und damit die teleologische Grundlage. Sinn und Zweck des Arzthaftungsrechts ist neben der üblichen Ausgleichsfunktion der Schutz bzw. die Absicherung des medizinethischen Handlungsauftrags. Wenn von gewichtigen Stimmen darauf hingewiesen wird, dass hinter den Überspannungen von Sorgfaltspflichten „*durchgängige Leitlinien oder gar unabweisbare Gerechtigkeitspostulate*“ nicht zu erkennen sind,[770] muss dem für die Arzthaftung entgegnet werden: Der ärztliche Heilauftrag, der Schutz von obersten Rechtsgütern und Vertrauen, liegt der Überspannung oder treffender der sachgerechten Modifizierung des Verschuldensprinzips in der Arzthaftung zugrunde. Dieser Handlungsauftrag mit seinen standesethischen Einflüssen verstärkt die präventiven Verkehrspflichten dahingehend, dass sie sich an diesem teleologischen Fundament zu orientieren haben. Es wurde bereits bei der Beschreibung des privatrechtlichen Systems darauf hingewiesen, dass die Verkehrspflichten umso eher zu bejahen sind, je höher der Rang des Rechtsguts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist.[771] Dies bedeutet in seiner konsequenten Weiterentwicklung: Die Übernahme der ärztlichen Tätigkeit führt nicht allein zu den üblichen, der allgemeinen Berufshaftung zugrunde liegenden Verkehrspflichten; vielmehr gebietet der ärztliche Heilauftrag, dass der Arzt besonderen Sicherungspflichten unterliegt. Die ärztliche Berufspflicht gründet im Rechtsgüterschutz, sodass der Arzt eine unmittelbare und nicht lediglich mittelbare Präventionswirkung hat.

Zusammenfassend lässt sich die objektiv-teleologische Auslegung der arzthaftungsrechtlichen Vorschriften anhand eines beweglichen Systems wie folgt skizzieren: *Je höher das zu schützende Rechtsgut, desto höher sind die Anforderungen an die Verhaltenspflichten, an die Eigenverantwortung des Gefahrverursachers*.[772] Insgesamt liegen

---

[769] Vgl. § 2 A II 2.

[770] *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 428, unter Verweis auf die Rechtsprechung; zu der Gefahr der Aushöhlung des Verschuldensgrundsatzes durch überhöhte Verkehrspflichten *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 167 ff., *Schäfer*, Soziale Schäden, S. 82 f.; *Schmidt-Salzer*, in: FS Steffen, S. 429 (436); grundlegend bereits die Kritik an der „*unkontrollierten Praxis* “ allgemeiner Verkehrspflichten bei *Esser*, JZ 1953, 129.

[771] Vgl. § 3 B I 2.

[772] *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (32); *Larenz/ders.*, Schuldrecht II/2, S. 414; vgl. auch Staudinger/*Hager*, Eckpfeiler, Kap. T Rdnr. 508; *Steffen*, VersR 1980, 409 (411); *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 181; *v. Bar*, Verkehrspflichten, S. 114, m.w.N. aus der Rechtsprechung.

damit auch dem Arzthaftungsrecht die Rechtsprinzipien verstärkter Rechtsgüterschutz und Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient zugrunde. Sie begrenzen auf der einen Seite allgemein über die gesteigerten Verkehrspflichten die arbeitsteilige Medizin und sichern gleichzeitig konkret auf der anderen Seite den Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung haftungsrechtlich ab.

III. Kontrollprinzip

1. Verhaltenssteuerung im Arztvertragsrecht

Das soeben beschriebene Präventionspotential des Arzthaftungsrechts ist begrenzt, da es denknotwendigerweise erst pro futuro wirken kann und dem konkret Geschädigten insbesondere bei irreversiblen Gesundheitsverletzungen nicht mehr dienlich ist.[773] Selbst wenn dem Privatrecht vielfach die Steuerungsfunktion abgesprochen wird,[774] so ist dies zum einen für das Haftungsrecht – freilich mit unterschiedlichen Akzentuierungen – anerkannt[775] und zum anderen auch dem sonstigen Privatrecht systemimmanent, wie sich etwa nur den Nichtigkeitsgründen §§ 134, 138 BGB oder aus dem Bereicherungsrecht § 817 S. 2 BGB entnehmen lässt.[776] Daran anknüpfend bezwecken die modernen Entwicklungen der materialen Vertragsgerechtigkeit Abwehr und Schutz vor dem Missbrauch der Vertragsfreiheit, dem Fehlen der „*Richtigkeitschance*" des Vertrages.[777] Es wurde bereits ausgeführt, dass die vertraglichen Pflichten nicht allein aus der subjektiven Äquivalenz ermittelt, sondern im Einzelfall darüber hinaus von einem Gerechtigkeits-

---

773 Vgl. auch *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 291. Mit dieser Irreversibilität begründet jüngst BVerfGE 128, 1 = NVwZ 2011, 94 (113), mit Grund die besondere Schutzbedürftigkeit von Leben, Gesundheit und Umwelt im Falle der Kollision mit anderen Rechten bzw. Rechtsgütern.

774 Zu dieser Streitfrage näher *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (422 ff.), m.w.N.

775 Bezüglich der Präventionsfunktion des Haftungsrecht § 3 B I.

776 Das Zusammenspiel von § 817 S. 2 BGB und den §§ 134, 138 BGB gehört zu den umstrittensten Problemfeldern des Privatrechts. Hierzu instruktiv *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804 (815 ff.). Richtigerweise liegt das Telos des § 817 S. 2 BGB darin, dass die Attraktivität der Durchführung eines gesetzes- oder sittenwidrigen Vertrages herabgesenkt werden soll, so auch *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 162 f.; *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804 (817); Staudinger/*S. Lorenz*, BGB, § 817 Rdnr. 5; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (366 ff.), je m.w.N. Auf diese Weise wird ein teleologischer Gleichlauf mit §§ 134, 138 BGB erreicht, da auch diese Vorschriften eine Präventionswirkung entfalten, vgl. *Canaris*, in: FS Steindorff, S. 519 (570); *Klöhn*, AcP 210 (2010), 804 (846); *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, S. 548.

777 Stellvertretend für das AGB-Recht Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 305 Rdnr. 7; MünchKomm/*Basedow*, BGB, Vorb. zu § 305 Rdnr. 3; Staudinger/*Schlosser*, BGB, Vorb. zu §§ 305 ff. Rdnrn. 2 ff.; *Canaris*, in: FS Steindorff, S. 519 (547 ff.); Staudinger/*Coester*, BGB, § 307 Rdnr. 2, m.w.N.; *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht, S. 150 ff.; *Kutlu*, AGB-Recht, S. 23 ff. Allgemein zum Schutz bzw. Bestand der Vertragsfreiheit im Falle einer außergewöhnlichen Verknappung eines lebensnotwendigen Guts *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 11; *Wagner*, AcP 206 (2006), 352 (423 f.), m.w.N.; ferner *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1 (14 ff.).

prinzip, der objektiven Äquivalenz, mitbestimmt werden.[778] Vertragsgerechtigkeit bedeutet dabei im arztrechtlichen System zweierlei: Zum einen im Sinne des allgemeinen Privatrechts eine subjektive Äquivalenz zwischen Leistung und Gegenleistung, zwischen Vergütung und Behandlung; dementsprechend zum anderen aber im Sinne der *arztrechtlichen Rechtsidee* als rechtsethischem Maßstab auch und vor allem Rechtsgüterschutz bzw. Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient. Ein Behandlungsvertrag wird regelmäßig eine Äquivalenzstörung beinhalten, sofern er nicht eine Behandlung nach dem medizinischen Standard gewährleistet.[779] Daher kommt nicht erst dem Arzthaftungsrecht, sondern dem vorgeschaltet entscheidend dem Arztvertragsrecht, eine entscheidende verhaltenssteuernde und damit präventive Funktion zu. Konkret auf die arbeitsteilige Medizin bezogen bedeutet dies: Der Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung muss nicht nur formal, sondern auch und vor allem material gewährleistet sein.

2. Vertragsgerechtigkeit durch Vertragskontrolle

Wurde nun die Bedeutung der Verhaltenssteuerung im Rahmen des Behandlungsvertrages herausgearbeitet, verbleibt freilich die Frage, in welchen konkreten Fällen respektive unter welchen Voraussetzungen auf das verhaltenssteuernde Gerechtigkeitsprinzip der objektiven Äquivalenz zurückgegriffen werden kann bzw. muss. Der mit einer inhaltlichen Vertragskontrolle verbundene, gravierende Eingriff in die Vertragsfreiheit bedarf einer Rechtfertigung.[780] *Bydlinski* hat einen wichtigen Konkretisierungsbeitrag mit dem nachstehenden Kontrollprinzip geliefert: „*Dem Partner eines Geschäftskontakts, zu dessen Gunsten ein deutliches und insbesondere ein strukturelles Gefälle an relevanter Information bzw. an Freiheit der Wahl zwischen zumutbaren Alternativen besteht, ist es verboten, den Vertragsinhalt zu Lasten des anderen auffallend inäquivalent zu gestalten.*“[781]

Dieses Kontrollprinzip fügt sich dabei vervollständigend in ein bewegliches Systemdenken ein, sodass eine Äquivalenz komparativ umso eher zu bejahen ist, desto ausgeprägter die Eigeninformation bzw. Vertragsfreiheit ist.[782] Dieses

[778] § 3 A I 2 c.

[779] Daher schuldet der Arzt als Hauptleistungspflicht auch nicht bloß eine Behandlung im Sinne einer Diensthandlung, sondern eine Behandlung lege-artis, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 114; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 32.

[780] So jüngst BVerfG, NJW 2011, 1339 (1341). Stellvertretend aus der umfangreichen Literatur Staudinger/*Coester*, BGB, § 307 Rdnr. 2; *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 564 ff.; *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe, S. 1023; Staudinger/*Busche*, Eckpfeiler, Kap. F Rdnrn. 9 f.; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 281 ff., je m.w.N.

[781] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 767; hierzu auch eingehend *Kling*, Sprachrisiken, S. 221 f., m.w.N. Das Kontrollprinzip ist als Rechtsprinzip jedoch vielfach unbeleuchtet geblieben bzw. von der objektiven Äquivalenz nicht differenziert worden.

[782] Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 757; 767; *ders.*, Methodenlehre, S. 447; vgl. auch *Mayer-Maly*, in: Das bewegliche System, S. 117 (125). Zum beweglichen System im Rahmen der In-

Rechtsprinzip entfaltet demzufolge über die richterliche Inhaltskontrolle der §§ 305 ff. BGB hinaus Geltung, da es die Anwendung eines Verbotstatbestandes beschreibt, welches nach Art eines solchen beweglichen Systems gestaltet ist.[783] Es gilt hierbei der bereits herausgearbeitete Grundsatz:[784] *Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit, der subjektiven Äquivalenz.* Eine inhaltliche Vertragskontrolle rechtfertigt sich beim Behandlungsvertrag rechtsethisch und verfassungsrechtlich, also objektiv-teleologisch, neben dem bestehenden Informationsgefälle aus dem Persönlichkeitsbezug.[785] Dabei gilt: Das Gewicht des Persönlichkeitsschutzes ist gegenüber der Privatautonomie umso bedeutender, „*je evident ungleicher die Entscheidungssituation Beteiligter beim Rechtsgeschäft strukturell, also auf Dauer, ist.*“[786] Die Behandlungsseite hat die überlegene fachliche Kompetenz inne, auf die der Patient zur Erhaltung der körperlichen Integrität angewiesen ist.[787] Aufgrund dessen möchte der Patient beim Vertragsschluss nicht die Vertrauensbeziehung zu diesen Personen gefährden, indem er einzelne Vertragsbedingungen kritisiert oder beharrlich auf Änderungen pocht.[788] Diesem Gedanken liegt etwa auch die GOÄ zugrunde, die eine freie Honorarvereinbarung einschränkt.[789] Zudem dürfen nach § 17 Abs. 1 S. 3 KHEntgG die Entgelte für Wahlleistungen in keinem unangemessenen Verhältnis zu den erbrachten ärztlichen Leistungen stehen. Für die Bestimmung der Angemessenheit als Generalklausel greift der *BGH* im Ergebnis methodisch überzeugend auf das Kontrollprinzip zurück:[790] Danach genügt aufgrund des aus medizinischen bzw. persönlichen Gründen resultierenden Verhandlungsungleichgewichts für die Unangemessenheit einer Vergütung ein unterhalb der Anforderungen des § 138 BGB liegendes einfaches Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung. Der *BGH* rekurriert damit auf einen allgemeinen Verbotstatbestand, der außerhalb der gesetzlichen Normierungen der §§ 134, 138 BGB bzw. §§ 307 ff. BGB liegt. Auf diesem Weg soll eine „*Angemessenheitsgrenze*“ für das subjektiv vereinbarte Entgelt geschaf-

---

haltskontrolle des § 138 BGB *Mayer-Maly*, in: FS Larenz, S. 395 (406 f.); *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 56 ff.; Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, § 138 Rdnrn. 57 ff., je m.w.N.

[783] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 757, mit dem berechtigten Hinweis, dass die Frage nach dem Anwendungsbereich der richterlichen Inhaltskontrolle außerhalb des AGB-Rechts daher eher schief gestellt ist.

[784] § 3 A I 2 d.

[785] Vgl. *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 767

[786] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 160 f. Hierzu bereits § 2 B I 2 b.

[787] Treffend hierzu die Ausführungen von *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 35.

[788] Wiederum *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 35.

[789] Vgl. BVerfG, NJW 1992, 737: „*Die Einschränkung freier Honorarvereinbarungen durch die Bindung an die Abrechnungstatbestände der Gebührenordnung für Ärzte ist durch vernünftige Gründe des Gemeinwohls gerechtfertigt und für den Arzt auch zumutbar.*“ Hierzu auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 GOÄ Rdnr. 1, 18; *Taupitz*, MedR 1996, 533 (537).

[790] BGHZ 145, 66 = NJW 2001, 892 (893); hierzu näher *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 5.

fen werden.[791] Der Patient legt seine obersten Rechtsgüter in die Hände des Vertragspartners, verhält sich regelmäßig entsprechend und ist aufgrund der eingeschränkten Verhandlungsposition schützenswert. Die *Richtigkeitschance* des privatautonom geschlossenen Vertrages und damit die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit ist in diesem therapeutischen und psychologischen Abhängigkeitsverhältnis[792] reduziert, wenn nicht sogar inexistent.[793] Die rechtsethische Grundlage des Kontrollprinzips liegt demnach in der Gewährleistung oder treffender der Ermöglichung der Vertragsgerechtigkeit, der Verwirklichung des ärztlichen Heilauftrags. Im Hinblick auf die Arbeitsteilung muss der Vertrag dahingehend kontrolliert werden, dass der Patient vor den Gefahren der Arbeitsteilung geschützt wird. Verfassungsrechtlich ist dabei zu berücksichtigen, dass die Grundrechte ihre Schutzgebotsfunktion auch und vor allem gegenüber der Selbstbindung der Parteien durch Verträge entfalten.[794] Die freie Entscheidung über die Integrität des Körpers gehört zu den elementarsten Rechten des Patienten und bedarf daher eines besonderen Schutzes vor privatautonomer Selbstbeschränkung.[795] Die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG gebieten damit in Abhängigkeit vom Gewicht des Persönlichkeitsschutzes eine Kontrolle des Vertragsinhalts. Das Kontrollprinzip hat zusammenfassend den Sinn und Zweck, den Persönlichkeitsschutz, den Schutz der obersten Rechtsgüter, auch und gerade innerhalb des Abhängigkeitsverhältnisses Arzt/Patient zu gewährleisten. Die arztrechtlichen Maximen modifizieren die formale Vertragsgerechtigkeit. Das Kontrollprinzip stellt sich als Unterprinzip der beiden arztrechtlichen Prinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes bzw. der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient dar. Die materiale Gewährleistung der formalen Leistungspflichten, konkret des Grundsatzes der persönlichen Leistungserbringung, gelingt erst dann, wenn diese zugrunde liegenden Rechtsprinzipien abgesichert werden. Als Zwischenfazit kann an dieser Stelle festgehalten werden: Das arztrechtliche Grenzsystem der arbeitsteiligen Medizin besteht im Ausgangspunkt formal aus dem Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht, material ex-ante abgesichert durch das Kontrollprinzip, ex-post durch das Arzthaftungsrecht, die gesteigerten Verkehrspflichten.

---

[791] BGHZ 145, 66 = NJW 2001, 892 (894).

[792] Nahezu wörtlich *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 35; hierzu instruktiv ferner *Taupitz*, Gutachten A, A 30; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 ff., m.w.N.

[793] So treffend *Coester-Waltjen*, AcP 190 (1990), 1 (22). Zu der „*Richtigkeitsgewähr*" oder besser „*Richtigkeitschance*" der subjektiven Äquivalenz § 3 A I 1 c.

[794] *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 47 f.; ferner *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2696); hierzu eingehend § 3 A I 2 a.

[795] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (233).

IV. Informed contract

Vervollständigt wird dieses Grenzsystem durch das (wiederum) modifizierte privatrechtliche Informationsprinzip.[796] Es liegt in der präventiven Zeitschiene noch vor dem Arzthaftungsrecht und dem Kontrollprinzip und bildet – dies sei hier vorweggenommen – die arztrechtsdogmatische Schutztroika im Sinne eines *präventiven Dreistufensystems*. Die vorvertraglichen Aufklärungspflichten (*informed contract*)[797] müssen dabei von den vertraglichen Aufklärungspflichten (*informed consent*) abgegrenzt werden.[798] Während letztere zum Standardrepertoire praktischer und wissenschaftlicher Diskussionsfelder zählen, führen die vorvertraglichen Aufklärungspflichten ein arztrechtliches Schattendasein. Dies überrascht, liegt doch gerade der Sinn und Zweck der vorvertraglichen Aufklärungspflichten oder allgemeiner der Verhaltenspflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB im Rechtsgüterschutz.[799] In den näheren arztrechtlichen Betrachtungskreis ist die vorvertragliche Aufklärungspflicht bislang vornehmlich für die Fallgruppe der wirtschaftlichen Aufklärung getreten. Diese ist kein Fall der Selbstbestimmungsaufklärung,[800] sondern vielmehr des *informed contract*, der Vertragsaufklärung. Die wirtschaftliche Aufklärung dreht sich um die Fragestellung, ob und wenn ja inwieweit Rechtspflichten der Behandlungsseite bestehen, den Patienten vor den möglichen (nachteiligen) wirtschaftlichen Folgen einer ärztlichen Behandlung zu schützen.[801] Einigkeit besteht letztlich darin, dass – getreu der privatrechtlichen Subsidiarität der

---

[796] Diesbezüglich ausführlich § 3 A I 2 b.

[797] Diese Terminologie hat im Medizinrecht bislang wohl erst *Damm*, in: FS Laufs, S. 725 (739), nicht aber für den herkömmlichen Behandlungsvertrag, sondern für den Sonderfall der genetischen Untersuchung gebraucht.

[798] Zur Abgrenzung des *informed contract* vom *informed consent* sogleich ausführlich § 4 C I 1. Im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz wird zwischen den Informationspflichten in § 630c BGB und den Aufklärungspflichten gemäß § 630e BGB differenziert. Dies ist insbesondere deswegen nicht überzeugend, weil keine klare systematische Abgrenzung erkennbar ist, ist doch etwa auch die Diagnoseaufklärung nach § 630c Abs. 2 BGB unter Umständen ein Bestandteil der Eingriffsaufklärung gemäß § 630e BGB, vgl. auch BVerfG, NJW 2005, 1103; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 414.

[799] Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 241 Rdnr. 6. Näher zu der Abgrenzung von Leistungs- und Schutzpflichten im Rahmen von § 241 BGB Staudinger/*Olzen*, BGB, § 241 Rdnrn. 157 ff., m.w.N.

[800] Dieser Begriff ist zumindest missverständlich, da auch die wirtschaftliche Aufklärung die Selbstbestimmung schützt, freilich zuvörderst die Selbstbestimmung im Sinne der Privatautonomie. Vorzugswürdig sollte daher von der Eingriffs- oder Autonomieaufklärung die Rede sein. Zu dieser Differenzierung näher § 4 C I 1 a.

[801] Stellvertretend BGHZ 102, 106 = NJW 1988, 759; NJW 2000, 3429 (3430 f.); aus der umfangreichen Literatur ferner Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 131; *Wellner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 204; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnrn. 17 f.; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 95, *Schelling*, Aufklärung über die Qualität, S. 132 ff., je m.w.N. Diese wirtschaftliche Informationspflicht soll jetzt mit dem Patientenrechtegesetz in § 630c Abs. 3 BGB kodifiziert werden, näher der Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 26.

Fremdinformation –[802] eine solche Informationspflicht der Behandlungsseite von der Hand zu weisen ist, die auf eine „*medizinwirtschaftliche Beraterstellung*“ hinausliefe.[803]

Strengere Maßstäbe sind freilich für die hier im Mittelpunkt stehenden Konstellationen anzusetzen, die über den reinen Vermögensschutz hinausgehen. Dies lässt sich anhand folgender Entscheidungen exemplifizieren, die sich freilich auch des Gewandes der wirtschaftlichen Aufklärung bedienen: In einem Fall des *LG Hanau* wandte sich die Klägerin mit ihrer Erkrankung an ein Krankenhaus, in welchem allein der Chefarzt zu der Behandlung berechtigt und befähig war.[804] Gleichwohl wurde sie im Vorfeld des Behandlungsvertrages nicht darauf hingewiesen, dass der Chefarzt persönlich den Eingriff vornehmen muss und wird, unabhängig vom Abschluss eines Arztzusatzvertrages. Das *LG Hanau* wies im Ergebnis zu Recht die Honorarklage unter Verweis auf § 242 BGB ab.[805] Arztrechtsdogmatisch liegt dieser Entscheidung die verstärkte vorvertragliche Aufklärungspflicht als Folge der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient zugrunde. Der Patient erwartet vom Arzt als Vertrauensperson im besonderen Maße, dass er über die Vereitelung des Vertragszwecks aufgeklärt wird,[806] a fortiori für den Fall, dass mit dem Arztzusatzvertrag der Patient in Sorge um seine Gesundheit eine besondere Qualifikation „*hinzukaufen*“ möchte.[807] Systemkonform versagte daher auch das *OLG Hamm* in der zweiten Entscheidung den Honoraranspruch für den Fall, dass einem schwerstkranken, austherapierten Patienten vorvertraglich Heilungschancen geschönt dargestellt wurden.[808] Die Vertrauensbeziehung zum behandelnden Arzt

---

[802] Dazu näher § 3 A I 2 b aa.

[803] So treffend Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 131.

[804] LG Hanau, NJW 1989, 2335; näher auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 280.

[805] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 280, erachten hingegen die Aufklärungspflicht als „*recht weitgehend*“.

[806] Allgemein zur Fallgruppe der Vertragszweckvereitelung und des besonderen Vertrauensverhältnisses für die Begründung von Aufklärungspflichten *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 417 ff.; 433 ff., je m.w.N. Diese Rechtsmethode steht in einem gewissen Widerspruch zum hier präferierten beweglichen System, soll aber gleichwohl aufgrund der Übereinstimmung im vorliegenden Beispiel herangezogen werden. Näher zum Zusammenspiel von Präjudizienverwertung bzw. Fallgruppenbildung und beweglichem System *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 570.

[807] Auf diesen Vertragszweck des Arztzusatzvertrages ebenfalls rekurrierend LG Hanau, NJW 1989, 2335; ferner BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), hierzu näher § 5 A II 2 b. *Schelling*, Aufklärung über die Qualität, S. 132 ff., differenziert diesbezüglich - wenngleich er ebenfalls die soeben kritisierte Terminologie zur Anwendung bringt - überzeugend zwischen der wirtschaftlichen Aufklärung im engeren Sinne, also der reinen Kostenaufklärung, und der wirtschaftlichen Aufklärung im weiteren Sinne, der Aufklärung über die Möglichkeit, sich mittels Eigenbeteiligung eine optimiertes Behandlungsverfahren hinzuzukaufen. Letzterer Aufklärung liegt ein präventives Moment zugrunde.

[808] OLG Hamm, NJW 2002, 307, ähnlich zuvor bereits OLG Hamm, MDR 1994, 1184; hierzu auch Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 131; Staudinger/*Löwisch*, BGB, § 311 Rdnr. 121; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 614.; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht,

und die gesundheitliche Situation (zumal eines Palliativpatienten) führen dazu, dass die Patienten eine „*Filterfunktion*" dergestalt innehaben, dass sie im Rahmen eines Kommunikationsprozesses nur noch das aufnehmen, was für sie im Hinblick auf eine Heilung, Linderung oder Zustandskonservierung vielversprechend erscheint.[809] Losgelöst von den diesen beiden Entscheidungen zugrunde liegenden Gebührenfällen, lässt sich verallgemeinernd konstatieren: Im Vorfeld eines Vertragsschlusses gebietet der ärztliche Heilauftrag ein präventives Handeln im Dienste des Patienten. Daher muss im Rahmen der wirtschaftlichen Aufklärung zwischen der reinen Vertragsaufklärung (wirtschaftliche Aufklärung im engeren Sinne) und der Vertragsaufklärung mit präventivem Charakter, die ihre objektiv-teleologische Grundlage im ärztlichen Heilauftrag findet, differenziert werden. Der Patient vertraut der Behandlungsseite – bereits mit der Aufnahme des geschäftlichen Kontakts – seine Rechtsgüter an; mit dem Vertragsschluss und seiner darauf folgenden physischen Präsenz in den Räumen der Arztpraxis bzw. des Krankenhauses legt der Patient seine Rechtsgüter in die Obhut der Behandlungsseite.[810] In diesem Fall besteht damit grundsätzlich kein Unterschied zu der Konstellation, die im allgemeinen Schuldrecht zu einer Haftung aus einer vertraglichen oder deliktischen Verkehrspflichtverletzung führt.[811] Verkehrspflichten und damit auch Schutzpflichten[812] sind nun – insoweit schließt sich der Kreis innerhalb des arbeitsteiligen Grenzsystems – umso eher zu bejahen, je höher der Rang des Rechtsguts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist.[813]

Konsequenterweise hat der *III. Zivilsenat* in einer jüngeren Entscheidung ebenfalls die Pflicht der Behandlungsseite herausgestrichen, den Patienten bereits im Vorfeld eines Vertragsschlusses[814] darüber zu informieren, dass nicht der gewählte

---

§ 13 Rdnr. 95. Für diese Fälle - die sicherlich nicht den Regelfall darstellen - muss neben der c.i.c. sicherlich auch an die Anfechtung wegen arglistiger Täuschung gemäß § 123 BGB und eine entsprechende bereicherungsrechtliche Rückabwicklung gedacht werden; näher zum Verhältnis von „*fahrlässiger Täuschung*" und „*arglistiger Täuschung*" Staudinger/*Singer*, BGB, § 123 Rdnr. 95. Ferner zur freilich nur selten beleuchteten Frage der arglistigen Täuschung im Rahmen eines Behandlungsvertrages *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 387.

[809] OLG Hamm, NJW 2002, 307 (308).

[810] So überzeugend differenzierend *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 40.

[811] *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 40; allgemein zu dem privatrechtlichen Prinzip der verschärften Haftung im „*geschäftlichen Kontakt*" *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 210 ff.; *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (102 ff.); *Koziol*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 1998, S. 111 (112); *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 208 ff.

[812] Näher zu der privatrechtsdogmatischen Differenzierung von Verkehrs- und Schutzpflichten § 4 C I 1 b.

[813] Vgl. bereits § 3 B I 2.

[814] Es ging in concreto um einen Änderungsvertrag i.S.v § 311 Abs. 1 BGB bezüglich der eigentlichen Wahlleistungsvereinbarung, die bereits geschlossen war, so mit Recht *Spickhoff*, JZ 2008, 687 (688). Ohne diese Individualvereinbarung wäre allerdings keine Vergütungspflicht des Pati-

Arzt, sondern ein Dritter den Behandlungseingriff vornehmen wird.[815] Schließt der Patient danach einen sogenannten Chefarztvertrag ab, wählt er diese Vertragsform „*im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes, die er sich in Sorge um seine Gesundheit gegen Entrichtung eines zusätzlichen Honorars für die Heilbehandlung sichern will.*“[816] Allgemein formuliert bestehen gegenüber dem Patienten vor dem Vertragsschluss „*in der bedrängenden Situation der schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben*“ besondere Aufklärungspflichten.[817] Eine Vertretervereinbarung ist dann unzulässig (respektive eine Individualvereinbarung mit vorheriger Aufklärung notwendig), wenn die mit „*Abschluss einer solchen Vereinbarung bezweckte Sicherung der besonderen Erfahrung und der herausgehobenen Sachkunde* […] *bereits zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses objektiv unmöglich ist.*“[818] Der *BGH* argumentiert demzufolge zweispurig: Zum einem mit der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und zum zweiten dient die mit einem Heileingriff verbundene erhöhte Rechtsgutsgefährdung als Argumentationsbasis. Er beruft sich dabei auf die wesentlichen Kriterien des beweglichen Systems: zum einen auf die abstrakte Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter, die Eingriffsintensität und überdies die geringe Möglichkeit zu einem effizienten Selbstschutz. Zudem sind die Interessen der Behandlungsseite, etwa an einer effektiven Behandlungsorganisation, bei einer anfänglichen objektiven Unmöglichkeit der Leistungserbringung nicht von Gewicht. Wichtig ist bei der Argumentation, dass der *BGH* explizit ebenfalls zwischen der wirtschaftlichen Aufklärung im engeren Sinne und der soeben herausgearbeiteten wirtschaftlichen Aufklärung im weiteren Sinne differenziert. So muss der Patient darüber unterrichtet werden, dass er im Falle der Verhinderung des gewählten Arztes die Option des Verzichts, der Behandlung durch namentlich genannten Vertreter oder den diensthabenden Arzt hat.[819] Dagegen entfällt eine Informationspflicht darüber, dass der Wahlarzt auch im Falle der Vertretung liquidationsberechtigt bleibt; wirtschaftliche Aspekte im engeren Sinne werden damit von der Aufklärungspflicht nicht erfasst.[820] Diese Dialektik lässt sich bereits an dieser Stelle über den Arztzusatzvertrag hinaus auf sämtliche Behandlungsverträge übertragen:[821] Ist aufgrund

enten entstanden, da bereits im Vorfeld des Vertrages über die Abwesenheit des gewählten Chefarztes hätte unterrichtet werden müssen.

[815] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).

[816] BGHZ, 175, 76 = NJW 2008, 987, m.w.N.

[817] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), m.w.N.

[818] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), m.w.N. Es ist zu beachten, dass die anfängliche Unmöglichkeit des Behandlungsvertrages gemäß § 311a Abs. 1 BGB - im Gegensatz zur früheren Gesetzeslage - nicht mehr getreu dem Grundsatz *impossibilium nulla est obligatio* zu einer Nichtigkeit des Vertrages führt, hierzu noch LG Aachen, VersR 2002, 195, m. Anm. *Deutsch*.

[819] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (989), m.w.N.

[820] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (989). Auf diese Differenzierung mit Grund hinweisend *Seibl*, LMK 2008, 254205.

[821] Eingehend zur Aufklärung bei einer Einwilligung ad personam § 6 A II 3.

der Behandlungshistorie bzw. des Vorverhaltens des Patienten für die Behandlungsseite deutlich erkennbar, dass der Patienten nur von einer bestimmten Person behandelt werden möchte, gebietet eine Wertung anhand des beweglichen, arztrechtlichen Systems eine vorvertragliche Patientenaufklärung. Kann eine Behandlung durch einen bestimmten anvertrauten oder qualifizierten Arzt nicht gewährleistet werden, muss der Patient die Möglichkeit eröffnet werden, den Behandlungsaufenthalt zu verschieben respektive andernorts vornehmen zu lassen. Unterbleibt diese Patienteninformation, hat der Patient regelmäßig einen Anspruch auf Befreiung der eingegangenen Verbindlichkeit aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB.[822]

Von Wissenschaft und Praxis weitgehend unbeleuchtet geblieben ist hingegen die Frage, inwiefern eine vorvertragliche Aufklärungspflichtverletzung – über die soeben skizzierten Befreiungsansprüche hinaus – zu weitergehenden Schadensersatzansprüchen führen kann. So ist es durchaus denkbar, dass bereits zwischen Vertragsschluss und dem eigentlichen (operativen) Eingriff[823] im Rahmen der Diagnostik oder Anamnese, man denke nur an besonders psychisch labile Patienten, eine Behandlung durch einen anvertrauten oder besonders ausgebildeten Arzt erforderlich sein kann.[824] Für diese Konstellationen greift die Zuteilung der ärztlichen Pflicht zur Qualitätsaufklärung bzw. allgemeiner zur Aufklärung über Behandlungsalternativen auf den Bereich der Eingriffsaufklärung zu kurz. Bei dieser Aufklärungsform[825] tritt wiederholt die Frage auf, ob und wenn ja, inwieweit der

---

822 Beim Kassenpatienten wird ein solcher Befreiungsanspruch der gesetzlichen Krankenkasse zugutekommen, da den Patienten in diesem Fall a priori keine Vergütungspflichten treffen. Dogmatisch lässt sich dies mit dem schadensrechtlichen Bereicherungsverbot oder § 255 BGB analog begründen, so zu einem ähnlichen Fall LG Karlsruhe, NJW-RR 2005, 1690 (1691). Instruktiv zum unerwünschten Vertrag als Schaden *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 388 ff., *Görmer*, JuS 2009, 7 ff., je m.w.N. Für die Verletzung der wirtschaftlichen Aufklärungspflicht mit Präventivcharakter sollte nicht allein mit der Verwirkung des Vergütungsanspruch (§ 242 BGB) operiert werden, da auf diese Weise nicht verdeutlicht wird, dass die wirtschaftliche Aufklärung über die Vermögensinteressen hinausreichen kann, etwa unter Umständen auch aus dem ärztlichen Heilauftrag folgt. Dies wird allein dann erkennbar, wenn man in den Fällen mit Präventivcharakter die wirtschaftliche Aufklärungspflicht als Schutzpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB qualifiziert.

823 Danach greifen die (üblichen) Grundsätze des *informed consent*, dazu sogleich § 4 C I.

824 *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 38 f.

825 Hierzu bereits § 4 A I 2 b. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 266, sprechen mit Grund im Rahmen der Aufklärung von einer „*verwirrenden Terminologie*". Es erscheint in der Tat vorzugswürdig nicht etwa zwischen einzelnen Formen der „*Selbstbestimmungsaufklärung*" und der davon unabhängigen wirtschaftlichen Aufklärung bzw. Sicherheitsaufklärung zu differenzieren. Auch die gängige Differenzierung zwischen Risiko- Diagnose- und Verlaufsaufklärung, vgl. *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rdnr. 14, führt dazu, dass die verschiedenen Arten der Aufklärung „*fließend ineinander übergehen*" können, so auch das Eingeständnis von *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. V Rdnr. 15. Es sind keine stichhaltigen Gründe ersichtlich, im Arztrecht von der allgemeinen privatrechtsdogmatischen Differenzierung nach vorvertraglichen, vertraglichen und nachvertraglichen Schutzpflichten abzuweichen.

Patient über etwaige alternative Behandlungsmethoden informiert werden muss.[826] Besonders streitig ist hierbei, ob der Patient darüber unterrichtet werden muss, dass die Behandlung andernorts auf einem höheren Niveau erfolgt.[827] Ein Patient muss dann über die persönliche Qualifikation der behandelnden Person informiert werden, wenn andernorts eine Behandlung auf einem deutlich höheren Niveau erfolgen kann bzw. der Eingriff vor Ort mit einer Risiko- bzw. Gefahrerhöhung verbunden ist.[828] Diese Pflicht trifft die Behandlungsseite jedoch nicht erst im Vorfeld eines Eingriffs, sondern bereits dann vor dem Vertragsschluss, wenn feststeht oder sich deutlich abzeichnet, dass die Behandlung durch den vertraglich gewählten oder aufgrund der Behandlungshistorie bzw. des Vorverhaltens erkennbar auf einen bestimmten Arzt beschränkten Behandlungswillens nicht gewährleistet werden kann. In diesen Fällen liegt es nicht fern, dem Patienten – einen entsprechenden Zurechnungszusammenhang vorausgesetzt – einen Schadensersatzanspruch für die Schäden zuzusprechen, die sich zwischen Vertragsschluss und Eingriff ereignen.[829]

Der vorvertraglichen Aufklärungspflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB liegen – dies kann zusammenfassend festgehalten werden – als Rechtsprinzipien der verstärkte Rechtsgüterschutz und die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient zugrunde.[830] Ist zum Zeitpunkt des intendierten Vertragsschlusses erkennbar oder sogar gewiss, dass der bevorstehende Vertragsschluss nicht den Vertragszweck, insbesondere die Beachtung des Heilauftrags, erfüllen kann, bedarf es demzufolge

---

Freilich muss innerhalb des jeweiligen Behandlungszeitraums nach dem betroffenen Rechtsgut differenziert werden.

[826] Hierzu eingehend BGH, NJW 1988, 765; NJW 1988, 1516; NJW 1996, 776 ff.; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 269 ff.; *Wellner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 223 ff., MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnrn. 779 ff.; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnrn. 90 f.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnrn. 26 ff., *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, Rdnrn. 429 ff., m.w.N. Aus strafrechtlicher Sicht *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 223 StGB Rdnr. 26.

[827] Das höhere Niveau kann zum einen auf der besseren apparativ-technischen Ausstattung beruhen, zum anderen auf der höheren persönlichen Qualifikation der behandelnden Personen, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 279.

[828] Dies wird von *Pflüger*, MedR 2000, 6 (9), u.a. mit dem Hinweis auf die nicht greifenden verfassungsrechtlichen Schutzpflichten bestritten. Diese Argumentation lässt allerdings eine differenzierte, nach abstrakter Wertigkeit und Eingriffsintensität trennende Prüfung vermissen; so hingegen *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 279. Von dieser Frage ist die Problematik zu trennen, ob über einen Behandlungsfehler aufzuklären ist, hierzu umfassend *Taupitz*, NJW 1992, 713 ff.; im Überblick ferner *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 633, m.w.N.; vgl. jetzt auch § 630c Abs. 2 BGB RefE. In den Fällen der Qualitätsaufklärung liegt es dagegen so, dass die geplante Behandlung (noch) innerhalb des medizinischen Standards liegt.

[829] Näher kann und soll auf diese Problematik an dieser Stelle nicht eingegangen werden. Es soll lediglich die Sensibilität für diese Fragestellung geschaffen werden.

[830] Leitet man die Aufklärungspflichten dagegen aus § 242 BGB her, vgl. etwa BGH, NJW 1989, 763 (764); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 242 Rdnr. 37, kommen die Rechtsprinzipien wiederum ihrer Konkretisierungsfunktion allgemeiner Generalklauseln nach.

einer vorvertraglichen Patientenaufklärung. Dies folgt schon aus dem komparativen Satz des privatrechtlichen Informationsprinzips:[831] *Je ausgeprägter das Vertrauensverhältnis ist, desto umfangreicher fallen die Aufklärungspflichten aus*. Die Bedeutung des Vertrauens im Rahmen der Beziehung Arzt/Patient ist grundlegend. Es korrespondiert mit dem ärztlichen Heilauftrag, prägt das Arzt-Patienten-Verhältnis von Grund auf und bildet gleichsam eine *behandlungsvertragliche Geschäftsgrundlage*. Daher treffen die Behandlungsseite gesteigerte (vorvertragliche) Aufklärungspflichten. Kann zwar auf der einen Seite der objektive medizinische Standard gewährleistet werden, wird dabei aber gleichzeitig auf der anderen Seite das individuelle Behandlungsbedürfnis außer Acht gelassen, überwiegt der ärztliche Heilauftrag die ökonomischen Erwägungen der Behandlungsseite.[832] Die Vertrauensbeziehung Arzt/Patient wird gestärkt, da eine wirkliche Vertrauensbeziehung sich dadurch auszeichnet, dass sie das Wohl des Patienten und nicht das ökonomische Eigeninteresse als Handlungsmaßstab in den Mittelpunkt stellt.[833] Neben dem durch den ärztlichen Heilauftrag modifizierten privatrechtlichen Informationsprinzip, also der teleologischen Auslegung, gründet die vorvertragliche Aufklärungspflicht auch auf einer verfassungskonformen Auslegung der § 241 Abs. 2 BGB. Wie bereits im Rahmen des Kontrollprinzips ausgeführt, verlangt neben der materialen Vertragsgerechtigkeit auch die materiale Vertragsfreiheit die freie Entscheidung über die Integrität des Körpers und damit den Schutz vor privatautonomer Selbstbeschränkung. Mit dem Abschluss des Behandlungsvertrages vertraut der Patient seine obersten Rechtsgüter mit dem Behandlungsbereich einem Gebiet an, das eine erhöhte Rechtsgutsgefährdung beinhaltet. Da der Patient nach dem Vertragsschluss mit der Behandlungsaufnahme regelmäßig eine faktisch höhere Hemmschwelle hat, die Behandlung abzubrechen, wird mit dem Vertragsschluss oftmals eine faktische Bindungswirkung herbeigeführt.[834] Daher muss für die geschilderten Fälle der Kenntnis bzw. Vorhersehbarkeit der Abwesenheit des gewählten (Vertrauens-) Arztes – dies hat die vorstehende objektiv-teleologische Auslegung ergeben – eine vorvertragliche Patientenaufklärung erfolgen.

V. Zwischenergebnis: präventives Dreistufensystem

Das arztrechtliche Grenzsystem – dies kann an dieser Stelle als Zwischenergebnis festgehalten werden – besteht aus den beiden (im Wesentlichen zusammenhängenden) Rechtsprinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes und des Schutzes

[831] Vgl. § 3 A I 2 b bb (2).

[832] So auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 279, für die Qualitätsaufklärung im Rahmen der Eingriffsaufklärung.

[833] Vgl. auch Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 128.

[834] Zu der faktischen Bindungswirkung im Rahmen des Behandlungsvertrages auch *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 (2696 f.).

der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient. Diese Rechtsprinzipien lassen sich im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung den privatrechtlichen bzw. arztrechtlichen Vorschriften entnehmen. In Gestalt von Unterprinzipien bilden sie ein präventives Dreistufensystem, das zeitlich abgestuft wie folgt greift: Auf der ersten Stufe muss über den *informed contract* sichergestellt werden, dass der Patient nicht nur formal, sondern auch material privatautonom im Sinne einer tatsächlichen Vertragsfreiheit handeln kann. Daher muss er bereits dann im Vorfeld eines Vertrages über eine Arbeitsteilung informiert werden, wenn die Behandlungsseite den ärztlichen Heilauftrag nicht vollständig erfüllen kann. Hat der Patient den Behandlungsvertrag geschlossen, bedarf es auf der zweiten Stufe mithilfe des sogenannten *Kontrollprinzips* eine Überprüfung des Vertrages im Hinblick auf die materiale Vertragsgerechtigkeit. Dabei gilt für das Zusammenspiel von Informations- und Kontrollprinzip wiederum der bereits herausgestellte Grundsatz:[835] *Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit*, *der subjektiven Äquivalenz*. Endlich bedarf es ex-post auf der dritten Stufe einer Prävention durch das Arzthaftungsrecht, den verstärkten Sicherungspflichten. Diese Schutztroika ist nicht etwa das Ergebnis einer reinen Billigkeitsjurisprudenz, sondern folgt vielmehr aus dem arztrechtlichen System und seinen Prinzipien.

[835] § 3 A I 2 d.

C. Patientenautonomie

Im Anschluss an die soeben herausgearbeiteten Rechtsprinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes bzw. der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und den jeweiligen Unterprinzipien des präventiven Dreistufensystems, soll im nachfolgenden Abschnitt nachgewiesen werden, dass die Patientenautonomie die weitere Säule des arztrechtlichen Grenzsystems bildet. Dabei wird die arbeitsteilige Medizin vor allem durch zwei Ausprägungen der Patientenautonomie begrenzt: Zum einen durch die im Anschluss an eine Eingriffsaufklärung erfolgte Patienteneinwilligung (*informed consent*), vgl. I, und zum anderen – vielfach unbeachtet – durch die Beschränkung der Weitergabe persönlicher Daten, ergo durch das Recht auf informationelle Selbstbestimmung, vgl. II.

I. Informed consent

Das bereits im Eingang dieses Kapitels[836] beschriebene Spannungspotential der beiden „*Nachbarskinder*" (paternalistischer) Rechtsgüterschutz und Patientenautonomie entlädt sich im Arztrecht wohl in keinem Punkt deutlicher als im Bereich des *informed consent*,[837] im Zusammenspiel von Eingriffsaufklärung und darauf beruhender Eingriffseinwilligung. Der *informed consent* ist dabei keine arztrechtliche Besonderheit, er ist vielmehr eine auf dem ethischen Gebot der Selbstverwirklichung respektive Nichttäuschung fußende moralische Pflicht.[838] Rechtsdogmatisch lässt sich der *informed consent* derart in das privatrechtliche System eingliedern, dass es im Ergebnis um eine materiale Entscheidungsfreiheit geht.[839] Insoweit wird eine Verwandtschaft zum *informed contract* erkennbar, dessen Charakteristik gleichwohl unvollständig verbleibt, sofern sie nicht im selben Atemzug auf die dogmatischen Unterschiede hinweist. Bei der Abgrenzung zwischen der Eingriffsaufklärung und der Vertragsaufklärung müssen zwei Ebenen differenziert werden: das differierende Schutzgut und die privatrechtsdogmatische Einordnung.

---

[836] § 4 A III.

[837] Vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 243; umfassend ferner *Peintinger*, Therapeutische Partnerschaft, passim; *Damm*, MedR 2002, 375; rechtsvergleichend *Hauschild*, Maßstab für die ärztliche Aufklärung, passim.

[838] Näher zu der Theorie der Aufklärungspflicht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 247, m.w.N.

[839] Diese Parallele wird aber bislang in der Diskussion um die Eingriffsaufklärung - soweit ersichtlich - nicht gezogen.

1. Eingriffsaufklärung

a. Privatautonomie, Vertragsfreiheit und Patientenautonomie

Der Begriff des S*elbstbestimmungsrechts* wird im Arztrecht inflationär gebraucht, wenngleich er ob seiner inhaltlichen Ambivalenz einer differenzierten Betrachtungsweise unterlegt werden sollte. In diesem Rahmen wurde hierzu ein Beitrag dergestalt geliefert, als dass die Selbstbestimmung als persönlichkeitsrechtliche Wurzel der Privatautonomie metaphorisch skizziert wurde.[840] Die Privatautonomie ist – mit *Canaris* – die „*Selbstbestimmung der Person durch rechtliche Selbstgestaltung*".[841] Per definitionem lässt sich daher nicht allein die selbstbestimmte rechtliche Regelung von Vermögensinteressen als privatautonomes Handeln verstehen; darüber hinaus wird auch die Ausübung von personenbezogenen Angelegenheiten, wie etwa die Disposition über eigene Rechtsgüter im Rahmen der Patientenverfügung, terminologisch erfasst.[842] Dabei wird nun nicht etwa jede „*Verabredung zu einem Spaziergang*" als privatautonomes Handeln verstanden; vielmehr muss eine *rechtliche* und nicht bloß gesellschaftliche Selbstgestaltung betroffen sein.[843] Die antizipative, selbstbestimmte rechtliche Regelung personenbezogener Angelegenheiten ist nun zweifellos eine selbstbestimmte Gestaltung der eigenen Rechtsverhältnisse und damit ein Unterfall des privatautonomen Handelns. Sie sollte – in Abgrenzung von dem wichtigsten Unterfall der Privatautonomie: der Vertragsfreiheit –[844] als *Patientenautonomie* bezeichnet werden.[845] Spiegelbildlich zu der Differenzierung zwischen Vertragsfreiheit und Patientenautonomie verläuft nun auch die Demarkationslinie zwischen Vertrags- und Eingriffsaufklärung. Die Vertragsaufklärung hat ihren Sinn und Zweck in der Gewährleistung einer materialen Vertragsfreiheit. Dabei soll der Patient im Bereich der körperlichen Integrität vor einer privatautonomen Selbstbeschränkung geschützt werden. Allerdings ist regelmäßig mit dem Vertragsschluss noch keine Einwilligung in eine konkrete medizinische Maßnahme verbunden;[846] hierfür bedarf es grundsätzlich einer gesonderten Eingriffsaufklärung. Die Vertragsaufklärung sichert demnach in erster Linie

---

[840] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 1; *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (346) Fn. 2; vgl. § 3 A I 1 a.

[841] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 413; ebenfalls bereits in § 3 A I 1 a.

[842] Vgl. nur *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (346 f.; 353); *Röthel*, AcP 211 (2011), 196 (210); Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 Rdnr. 13; *Otto*, NJW 2006, 2217 (2217 f.); *Hufen*, NJW 2001, 849 (851).

[843] So *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 413, der auch das gewählte Beispiel heranzieht.

[844] Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 145 Rdnr. 7. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 34 Rdnr. 22; Staudinger/*Busche*, Eckpfeiler, Kap. F Rdnr. 4.; zur europarechtlichen Bedeutung der Vertragsfreiheit *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 21 f.

[845] Jüngst hat sich vor allem *Röthel*, AcP 211 (2011), 196 ff., um die bis dato verwaiste Beschreibung des Zusammenspiels von Privat- und Patientenautonomie verdient gemacht; vorher hierzu wohl allein *Damm*, in: FS E. Schmidt, S. 73 ff. Wenn im Folgenden von dem Selbstbestimmungsrecht in diesem Sinne die Rede ist, wird auch die Terminologie der Patientenautonomie gebraucht.

[846] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 789.

nicht die unmittelbare Selbstbestimmung bezüglich des konkreten Eingriffs, sondern die Abschluss- und Gestaltungsfreiheit, seine Rechtsgüter einem bestimmten Gefahrenbereich anzuvertrauen und dafür eine entsprechende Vergütung zu entrichten bzw. – im Regelfall des Kassenpatienten – entrichten zu lassen. Die Vertragsaufklärung gründet damit beim Behandlungsvertrag zunächst auf den Rechtsprinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes bzw. der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und damit der materialen Vertragsfreiheit. Man könnte auch – in Anlehnung an *Deutsch* –[847] formulieren: Die Vertragsfreiheit wird transparent, hinter ihr wird das zur eigenen Bestimmung zugewiesene Rechtsgut sichtbar.

Vice versa verhält sich das Zusammenspiel von Selbstbestimmungsrecht und Rechtsgüterschutz im Rahmen des *informed consent*. Bei der Eingriffsaufklärung ist das Selbstbestimmungsrecht nicht in Form der Vertragsfreiheit, sondern vielmehr in Gestalt der Patientenautonomie betroffen. *Informed consent* meint damit materiale Patientenautonomie. Die Rechtsprechung hat das Selbstbestimmungsrecht (Patientenautonomie) früher allein auf Art. 2 Abs. 1 GG gestützt,[848] während es in neueren Entscheidungen auf das Recht aus Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG (teilweise i.V.m. Art. 1 GG) verweist.[849] Im Ergebnis ist der verfassungsrechtliche Schutz der Patientenautonomie im konkreten Einzelfall umfassend gewährleistet.[850] Die Patientenautonomie ist dabei jedoch nicht als Selbstzweck geschützt,[851] sondern formt – bildlich gesprochen – gleichsam das „*Eingangstor*" für die dahinter befindlichen Rechtsgüter Körper, Gesundheit und Freiheit. Mit *Deutsch* gilt demzufolge erneut:

---

[847] *Deutsch*, NJW 1965, 1985 (1989).

[848] BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1930).

[849] So bereits das Sondervotum BVerfGE 52, 131 = NJW 1979, 1925 (1930 f.); ferner BVerfGE 89, 120 = NJW 1994, 1590 (1591); NJW 2009, 2804 (2805), BVerfGE 128, 282 = NJW 2011, 2113 (2214); jetzt auch der Referentenetwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 28. Auch die Rechtsprechung des *BGH* ist nicht eindeutig: BGHZ 67, 48 = NJW 1976, 1790, beruft sich allein auf das allgemeine Persönlichkeitsrecht, während BGHZ 29, 46 = NJW 1959, 811 (812), bezüglich des Rechts auf körperliche Unversehrtheit rekurriert. Diese Rechtsprechung erscheint freilich nur prima vista als Kakophonie, da im Ergebnis anerkannt ist, dass das Selbstbestimmungsrecht des Patienten eines verfassungsrechtlichen Schutzes bedarf. Im Überblick zu der differierenden Rechtsprechung *Steiner/Müller-Terpitz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 2 GG Rdnr. 12.

[850] *Deutsch*, AcP 192 (1992), 161 (167), hat mit Recht darauf hingewiesen, dass kein Einzelgrundrecht pauschal als sachlicher Schutzbereich herangezogen werden kann; vielmehr bedarf es etwa beim Datenschutz des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, während beim Heileingriff eher das Recht auf körperliche Unversehrtheit greift, hierzu auch *Lipp*, Freiheit und Fürsorge, S. 128.

[851] *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 632a. Dies wird aber teilweise von gewichtigen Stimmen des Arztrechts vertreten, stellvertretend etwa *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 103 Rdnrn. 2 ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 12, je m.w.N. In diesem Rahmen kann und soll jedoch nicht näher auf den traditionellen Streit über die Rechtsfolgen einer fehlerhaften Eingriffsaufklärung eingegangen werden, näher hierzu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 340 ff., m.w.N, zumal sich die Rechtsprechung und mit ihr die mehrheitlichen Literaturvertreter entsprechend positioniert haben.

Die Patientenautonomie ist „*transparent, hinter ihr wird das zur eigenen Bestimmung zugewiesene Rechtsgut sichtbar*".[852] Um im Bild zu bleiben: Nur der Patient kann im Rahmen seiner Patientenautonomie das Tor zu seinen Rechtsgütern öffnen; verweigert er den Eingriff, begrenzt das Selbstbestimmungsrecht den ärztlichen Heilauftrag.[853] Diese wiederum metaphorische Skizze soll verdeutlichen, dass die Privatautonomie in Gestalt der Patientenautonomie beim *informed consent* im Mittelpunkt steht. Gleichwohl wird bei einer ohne informierte Einwilligung vorgenommenen Heilbehandlung der Tatbestand der Körperverletzung erfüllt.[854] Basierend auf dem gemeinsamen Materialisierungsgedanken schützen zusammenfassend beide Aufklärungspflichten (primär) unterschiedliche Rechtsgüter: die Vertragsaufklärung zielt primär auf die Vertragsfreiheit und erst subsidiär auf die Patientenautonomie; spiegelbildlich schützt die Eingriffsaufklärung zunächst die Patientenautonomie und dahinter Leben und Gesundheit.[855] Damit liegt der Eingriffsaufklärung – gestützt auf der Behandlungsethik und dem Verfassungsrecht – das Rechtsprinzip der Patientenautonomie zugrunde.

b. Vertrags- und Vertrauenshaftung

aa. Schutzpflichtverletzung als „dritte Spur" zwischen Vertrags- und Deliktshaftung

Wie bereits eingangs angedeutet, liegt ein zweiter wesentlicher Unterschied zwischen der Vertrags- und der Eingriffsaufklärung, zwischen *informed contract* und

---

[852] *Deutsch*, NJW 1965, 1985 (1989); seitdem ist auch von der „*Transparenztheorie*" die Rede, obgleich der Begründer diese Terminologie nicht in den Raum geworfen hat; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 266 f., spricht insoweit von einer extensiven Auslegung des Begriffs der Körperverletzung; ausführlich zu der Transparenztheorie ferner *Taupitz*, JZ 1992, 1089 (1091), m.w.N.

[853] Zu dieser Schrankenfunktion des Selbstbestimmungsrechts bereits § 4 A I 2 a. Die Transparenztheorie darf freilich nicht dahingehend missverstanden werden, dass Schadensersatz auch für den Regelfall einer vorteilhaften Behandlung bei gleichzeitiger Aufklärungspflichtverletzung geschuldet wird. Das auf die Patientenautonomie zugeschnittene Persönlichkeitsrecht ist auf die Wahrung der körperlichen Integrität ausgerichtet und gerade nicht als Selbstzweck geschützt, vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 342.

[854] So auch die ständige Rechtsprechung und die herrschende Literatur, vgl. hierzu den Überblick bei Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 52, m.w.N.

[855] Vor diesem Hintergrund ist es zumindest missverständlich, weil nicht eindeutig, wenn *Röthel*, AcP 211 (2011), 196 (199), die Patientenautonomie als „*Freiheit zur Selbstgestaltung in medizinischen Angelegenheiten*" definiert. Die Selbstentfaltung in medizinischen Angelegenheiten ist auch beim Abschluss eines medizinischen Behandlungsvertrages betroffen, vgl. auch *Taupitz*, Gutachten A, A 14. Gleichwohl ist hier in erster Linie nicht die Patientenautonomie, sondern, wie dargelegt, vielmehr die Vertragsfreiheit berührt. Die Patientenautonomie ist demgegenüber dadurch charakterisiert, dass sie allein die unmittelbare Disposition über personenbezogene Angelegenheiten betrifft.

informed consent, in der jeweiligen privatrechtsdogmatischen Einordnung. Die Pflicht zur vorvertraglichen Patientenaufklärung wurde soeben als Bestandteil der vorvertraglichen Schutzpflichten gemäß § 241 Abs. 2 BGB herausgearbeitet. Für das arztrechtliche Grenzsystem folgt daraus die vorvertragliche Pflicht zur Information über die jeweilig behandelnde Person, soweit der Patient im Vorfeld des Vertragsschlusses ersichtlich die Behandlung durch eine konkrete Person erwartet. Diese vorvertragliche Aufklärungspflicht ist nicht vertraglicher, sondern vielmehr *vertragsähnlicher* Natur. Der Bedeutungsgrad dieser zunächst sehr diffizil erscheinenden Unterscheidung lässt sich wie folgt beschreiben: Die vorvertragliche Aufklärungspflicht hat ihre Grundlage im privatrechtlichen Informationsprinzip, in der besonderen Vertrauensbeziehung zur Behandlungsseite. Die Aufklärungspflicht ist eine Schutzpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB und entspringt dem Gedanken, dass der Patient der Behandlungsseite zumindest mit dem rechtsgeschäftlichen Kontakt seine Rechtsgüter preisgibt bzw. anvertraut. Dies lässt sich mittlerweile aus § 311 Abs. 2 BGB entnehmen. Verletzt die Behandlungsseite diese Aufklärungspflicht, liegt ein Fall der Vertrauens- oder genauer der „*Anvertrauenshaftung*" vor.[856] Diese Haftungsform findet sich – seiner Funktion als gesamtprivatrechtliches Rechtsprinzip entsprechend – auch im Deliktsrecht, konkret im Bereich der Verkehrspflichten wieder.[857] Von dieser vorvertraglichen Schutz- bzw. Verkehrspflicht sind nun streng die Fälle der *Vertragshaftung* zu trennen. Erwächst die Anvertrauenshaftung allein aus der gesteigerten Verantwortung für die anvertrauten Rechtsgüter, ist die Haftung für eine Aufklärungspflichtverletzung im Rahmen der Eingriffsaufklärung darüber hinaus vertraglicher Natur: Die Eingriffsaufklärung ist eine Vertragspflicht.[858] Vertragspflichten unterscheiden sich von den vertragsähnlichen Pflichten – wie etwa der vorvertraglichen Aufklärungspflicht – vor allem dahingehend, dass letztere nicht vom Zustandekommen bzw. Bestehen des Vertrages abhängen.[859] Gleichzeitig stehen die Fälle der Vertrags- und Anvertrauenshaftung nicht in einem Alternativverhältnis, sondern können vielmehr Verschmelzungen aufweisen. Eine Schutzpflichtverletzung kann zugleich eine deliktische Verkehrspflicht- und zum anderen eine Vertragspflichtverletzung

---

[856] Vgl. zu dieser Terminologie *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (107). Die Anvertrauenshaftung ist dabei - neben der Erklärungshaftung - ein Unterfall der allgemeinen Vertrauenshaftung. Instruktiv hierzu *ders.*, Vertrauenshaftung, S. 532 ff. et passim. Weiter differenzierend zwischen der Haftung für eine fehlerhafte und eine unterlassene Aufklärung *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag, S. 416 ff*; Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, S. 8., je m.w.N.

[857] Wiederum *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (105); vgl. auch MünchKomm/*Kramer*, BGB, Vorb. zu §§ 241 ff. Rdnr. 90.

[858] Statt vieler *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 249; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 33; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 30, ferner jetzt auch § 630e RefE. Vgl. zudem Schweizerisches Bundesgericht BG BGE 116 II, 519 („*Aufklärung des Patienten als Vertragspflicht des Arztes*"). Näher aus österreichischer Sicht *Mayer-Maly*, in: Mayer-Maly/Prat, Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung, S. 49 ff.

[859] So treffend *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (34); näher *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 480 f.

beinhalten.[860] Eine Schutzpflichtverletzung bildet damit – mit *Canaris* – privatrechtsdogmatisch eine „*dritte Spur*" zwischen Vertrags- und Deliktshaftung.[861] Genauso verhält es sich nun bei der Verletzung einer Pflicht zur Eingriffsaufklärung: Da der Patient dem behandelnden Arzt seine Rechtsgüter im Vorfeld eines Eingriffs anvertraut, liegt zum einen – darin liegt die Gemeinsamkeit zur vorvertraglichen Aufklärungspflichtverletzung – ein Fall der Anvertrauenshaftung vor; zum anderen – und in diesem Punkt liegt wiederum der entscheidende privatrechtsdogmatische Unterschied – ist jedoch auch die Vertragshaftung gegenständlich.

bb. Dogmatische Einordnung der Eingriffsaufklärung

(1) Auswirkungen auf die Beweislastverteilung

Wurde nun in Abgrenzung zur vorvertraglichen Aufklärungspflicht die Eingriffsaufklärung als Bestandteil des vertraglichen Pflichtenkatalogs herausgearbeitet, verbleibt gleichwohl die Frage nach der privatrechtsdogmatischen Einordnung. Diese wird von der Rechtsprechung bzw. Literatur widersprüchlich verfolgt bzw. kaum näher diskutiert.[862] Teilweise wird die Pflicht zur Eingriffsaufklärung vom *VI. Haftungssenat* als vertragliche Hauptpflicht im Sinne von § 241 Abs. 1 BGB qualifiziert,[863] während auf der anderen Seite die Aufklärung als vertragliche Nebenpflicht charakterisiert wird.[864] Die mit dieser Frage beschäftigten Oberlandesgerichte schlossen sich letzterer Einschätzung ganz überwiegend an;[865] die

---

[860] *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (104). Diese Konstellationen werden auch als positive Vertragsverletzung bezeichnet, lehrreich hierzu aus historischer und rechtsvergleichender Sicht *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 1346 ff., m.w.N.

[861] Instruktiv *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (84 ff.); *ders*, VersR 2005, 577 ff.; ferner hierzu *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis, S. 16; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 230; MünchKomm/*Kramer*, BGB, Vorb. zu §§ 241 ff. Rdnr. 81; *Schur*, Leistung und Sorgfalt, S. 258 f.; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 203; *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, S. 27 f.; aus der Perspektive des IPR *Spickhoff*, in: Bamberger/Roth, BGB, Art. 12 VO (EG) 864/2007 Rdnr. 1, m.w.N.

[862] Stellvertretend aus der Literatur etwa Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 76 („*Selbstbestimmungsaufklärung ist Nebenpflicht*") bzw. *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 57 Rdnr. 14 (Selbstbestimmungsaufklärung gehört zu den „*Hauptpflichten des Arztes*"). Zu der Rechtsprechung sogleich die folgenden Fn. Im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 28, heißt es nur, dass ein Eingriff ohne vorherige Einwilligung zu einer Pflichtverletzung im Sinne des § 280 Abs. 1 BGB führen kann.

[863] BGH, NJW 1984, 1807 (1808 f.): „*Die Aufklärung des Patienten ist - auch unter Vertragsgesichtspunkten - keine bloße Nebenpflicht des Arztes […].*"

[864] BGH, NJW 1981, 2002 (2003 f.); NJW 2005, 1718: „*Die Pflicht zur Selbstbestimmungsaufklärung ist in gleicher Weise Nebenpflicht des Behandlungsvertrags wie Ausfluss der Garantenstellung des Arztes […].*"

[865] OLG Bremen, Urt. v. 30.04.1991 - Az.: 3 U 114/90, Juris, Rdnr. 55; OLG Zweibrücken, MedR 2007, 549 (550). OLG Frankfurt, MedR 2009, 532 (534); OLG Dresden, Urt. v. 02.07.2010 -

arztrechtliche Literatur schweigt – soweit ersichtlich – zu dieser widersprüchlichen Rechtsprechung überhaupt. Dies verwundert, da nach der Rechtsprechung des *BGH* die dogmatische Einordnung in Haupt- oder Nebenpflicht eine beweisrechtliche Bewandtnis hat:[866] Bei einer Einordnung als Hauptpflicht müsste der Arzt als Schuldner die Erfüllung dieser Pflicht nachweisen.[867] Sähe man die Aufklärungspflicht hingegen als Nebenpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB an, so käme man (vorläufig) zu dem Ergebnis, dass der Patient die Verletzung der Aufklärungspflicht zu beweisen hätte.[868] Dieser Differenzierung liegt jedoch – allein so lassen sich die Ausführungen erklären – ein Missverständnis zugrunde, welches anhand der Argumentation von *Baumgärtel* dokumentiert werden soll: „*Für die Erfüllung der Schuldverpflichtung i.S. des § 362 BGB wäre nach allgemeinen Beweislastprinzipien an sich der Arzt beweispflichtig. Da aber der Patient die Beweislast für die Rechtswidrigkeit trägt, zu deren Voraussetzung das Fehlen der Aufklärung gehört, umfasst die Beweispflicht des Patienten auch die Nichtaufklärung. Das non liquet in der Frage der Verletzung der Aufklärungspflicht geht zu Lasten des Patienten*."[869]

Unabhängig davon, dass *Baumgärtel* zu Unrecht die Beweislast für die Rechtswidrigkeit und damit auch bezüglich den (fehlenden) Rechtfertigungsgrund auf den Patienten überträgt, ist der Kern des Missverständnisses anderweitig verortet: Es wird die Beweislastverteilung aus dem Erfüllungsanspruch[870] auf die (deliktische) Arzthaftung angewendet. Diese Beweislastverteilung kann im Rahmen der Aufklärungspflichtverletzung gleichwohl nur dann Anwendung finden, wenn die fehlende Erfüllung im Rahmen eines Primäranspruchs – etwa auf Erfüllung im Rahmen eines Diagnosevertrages – geltend gemacht wird.[871] Für die Konstellationen der Arzthaftung können diese Grundsätze selbstredend nicht fruchtbar gemacht werden.[872] Dies lässt sich anhand der Behandlungsfehlerhaftung illustrieren: So ist die Behandlungspflicht eine vertragliche Hauptpflicht des Arztes.[873] Die

---

Az.: 4 U 307/10; Juris, Rdnr. 10. Anders aber OLG Brandenburg, Urt. v. 08.03.2007 - Az.: 12 U 186/06, Juris, Rdnr. 15 („*vertragliche Hauptpflicht*").

[866] BGH, NJW 1984, 1807 (1808); ebenso die Bundesrichter des *VI. Haftungssenats Wellner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 200 a.E. und *Lepa*, in: FS Geiß, S. 449 (450).

[867] Vgl. BGH, NJW 1984, 1807 (1808 f.); OLG Zweibrücken, MedR 2000, 540 (541); *Wellner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 200; *Lepa*, in: FS Geiß, S. 449 (450); wohl auch *Deutsch*, JZ 2002, 588 (592).

[868] Vgl. BGH, NJW 1981, 2002 (2003 f.); NJW 1984 1807 (1808 f.).

[869] *Baumgärtel*, in: GS Bruns, S. 93 (106).

[870] Den Schuldner trifft dabei in der Tat die Beweislast BGH, NJW 1993, 1704 (1706); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 363 Rdnr. 1; Staudinger/*Olzen*, BGB, § 362 BGB Rdnrn. 49, je m.w.N.

[871] So mit Recht *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 328 Fn. 158.

[872] Anders *Lepa*, in: FS Geiß, S. 449 (450), der ebenfalls dem soeben beschriebenen Missverständnis erliegt, indem er für die Beweislastverteilung bei der Aufklärungspflichtverletzung auf die Beweislastverteilung aus § 362 BGB rekurriert.

[873] *Deutsch/Spickhoff*, Rdnr. 114; *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 32. Genau genommen schuldet der Arzt nicht nur eine Behandlung, sondern eine Behandlung nach den Regeln der medizinischen Wissenschaft, vgl. *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Ar-

Erfüllung dieser Behandlungspflicht müsste nach den dargestellten Grundsätzen im Rahmen eines vertraglichen Primäranspruchs der Arzt beweisen. Der Beweis eines Behandlungsfehlers obliegt freilich nach einhelliger Auffassung dem anspruchstellenden Patienten.[874] Daher muss als Zwischenergebnis festgehalten werden: Im Rahmen der Arzthaftung kommt es nicht zur Anwendung der Beweislastverteilung aus § 362 BGB. Vielmehr verbleibt es bei dem Grundsatz aus § 286 ZPO, wonach jeder die für ihn günstigen Tatsachen beweisen muss.[875] Bei der deliktischen Haftung muss der Schuldner (der Arzt) das Vorliegen des für ihn günstigen Rechtfertigungsgrundes beweisen.[876] Innerhalb der vertraglichen Haftung gemäß § 280 Abs. 1 BGB muss der Patient die für ihn günstige Pflichtverletzung nachweisen. Sowohl für die vertragliche als auch deliktische Haftung ist es unerheblich, ob die verletzte Pflicht eine Haupt- oder Nebenpflicht darstellt. Dabei vertritt die ganz überwiegende arztrechtliche Rechtsprechung und Literatur die Ansicht, dass auch im Rahmen der (vertraglichen) Haftung wegen einer Aufklärungspflichtverletzung die Beweislast beim Anspruchsgegner (dem Arzt) liegt.[877]

Dieses richtige Ergebnis lässt sich – unabhängig von der dogmatischen Einordnung der Aufklärung als Haupt- oder Nebenpflicht – wie folgt begründen: Zum einen kann der Gesetzesbegründung entnommen werden, dass nach der sogenannten Sphärentheorie[878] dem Gläubiger bei dem Nachweis der Verletzung

---

beitsrecht, § 338 Rdnr. 15. Bei einer fehlerhaften Behandlung hat der Arzt somit seine Primärpflicht nicht erfüllt. Zu den Auswirkungen der fehlerhaften Behandlung auf den Vergütungsanspruch näher § 6 A I 4.

[874] Jüngst erneut BGHZ 188, 29 = NJW 2011, 1672 (1673); aus der umfangreichen Literatur etwa *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 514 ff., *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 122 ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rdnr. 50; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, § 1 Rdnr. 667; je m.w.N. Gegen diese gefestigte Ansicht werden gleichwohl auch kritische Stimmen laut, vgl. stellvertretend *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts, S. 232. Auch im Zuge des Patientenrechtegesetzes wird sich, entgegen einigen Postulaten, mit Grund an dieser Beweislastverteilung nichts ändern, *Zöller*, MedR 2011, 229, vgl. auch § 630h BGB RefE.

[875] *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 646; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 49, m.w.N.

[876] Vgl. nur BGH, NJW-RR 2005, 172; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 170; *Rosenberg*, Die Beweislast, S. 12; 98 f.; 105 f. zur dogmatischen Verortung der Aufklärung im Rahmen der deliktischen Haftung gleich § 4 C I 1 b bb (2).

[877] Vgl. aus der ständigen Rechtsprechung etwa BGH, NJW 1992, 741 (742); aus der Literatur *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 329; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 822; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 384; *Deutsch*, NJW 1984, 1802 (1803); *G. Müller*, NJW 1997, 3049 (3051); *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 813; *Lepa*, in: FS Geiß, S. 449 (451 ff.); anders hingegen die Kritiker der Körperverletzungsdoktrin, welche die Patientenautonomie als Selbstzweck schützen wollen, vgl. hierzu § 4 C I 1 a, m.w.N. Das Unterlassen der gebotenen Aufklärung ist dann anspruchsbegründend und muss dementsprechend nach § 286 ZPO vom Anspruchssteller Patient bewiesen werden, hierzu eingehend *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 125 ff.

[878] Hierzu etwa Palandt/*Grüneberg, BGB,* § 280 Rdnr. 37; *Deutsch*, AcP 202 (2002), 889 (909); zurückhaltend *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 647, m.w.N.

einer Pflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB Beweiserleichterungen zugutekommen.[879] Der teleologische Hintergrund dieser Theorie liegt in der fehlenden Einsichtsmöglichkeit des Gläubigers, wie sie auch bei dem Nachweis der Aufklärungspflichtverletzung allgemein vorliegt.[880] Die Aufklärung findet in der Sphäre des Arztes statt; überdies stehen ihm die Beweismittel zur Verfügung, sodass nach der Sphärentheorie dem Anspruchsteller Patient eine Beweiserleichterung zukommt.[881] Der Sinn und Zweck von Beweiserleichterungen erschöpft sich aber nicht in reinen Billigkeitserwägungen,[882] wie etwa dem Sphärengedanken; einer am Einzelfall orientierten Billigkeitsjurisprudenz wäre Tür und Tor geöffnet.[883] Eine Beweiserleichterung ist allein dann sachgerecht, wenn ein „*Sachgrund*" eine von den allgemeinen Grundsätzen abweichende Beweislastverteilung rechtfertigt.[884] Als verlässlichen Mittler zwischen Billigkeit und positivem Recht kann dabei erneut auf die Rechtsprinzipien als privatrechtsdogmatisch überzeugendem Sachgrund Bezug genommen werden.[885] Dabei muss für die Eingriffsaufklärung auf die Patientenautonomie rekurriert werden. Wie soeben ausgeführt wurde,[886] tritt in der Eingriffsaufklärung die Patientenautonomie als Rechtsprinzip zu Tage. Im Lichte der abstrakten Wertigkeit der Patientenautonomie, respektive der tatbestandlich erfüllten Körperverletzung und der Verletzung des allgemeinen Persönlichkeitsrechts im Falle eines Eingriffs ohne vorherige informierte Einwilligung, gebieten die staatlichen Schutzpflichten eine formale Absicherung der materialen Patientenautonomie.[887] Die Achtung der Patientenautonomie muss sich auch beweisrechtlich niederschlagen, ergo § 286 ZPO teleologisch zugrundegelegt werden. Damit lässt sich zusammenfassend nicht nur aus § 241 Abs. 2 BGB, sondern auch aus § 286 ZPO anhand der objektiv-teleologischen Auslegung das arztrechtliche Prinzip der Patientenautonomie gewinnen. Für die Beweislast im Rahmen der Arzthaftung ist es dabei unerheblich, ob die Eingriffsaufklärung als Haupt- oder Nebenpflicht eingestuft wird.

---

[879] BT-Drs. 14/6040, S. 136 (li. Spalte); vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2002, 1758 (1762), m.w.N.

[880] Jüngst etwa BGH, NJW-RR 2011, 1661 m. Anm. *Ballhausen*, LMK 2011, 326139, zu der Aufklärungspflicht gegenüber einem Franchisenehmer. Das Telos des Auskunftsanspruchs nach § 84a AMG liegt ebenfalls in dem Sphärengedanken, vgl. hierzu *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 84a AMG Rdnr. 1; *Wagner*, PharmR 2008, 370 (375); *Rehmann*, in: Rehmann, AMG, § 84a Rdnr. 1; *Bollweg*, MedR 2004, 486 (487). Vgl. auch den RefE zum Patientenrechtegesetz, S. 36.

[881] *Deutsch*, JZ 2002, 588 (592).

[882] Näher zu der teleologischen Grundlage von Beweiserleichterungen *Rosenberg/Schwab/Gottwald*, Zivilprozessrecht, S. 648 ff., m.w.N.

[883] *Ballhausen*, LMK 2011, 326139.

[884] *Baumgärtel*, JZ 1984, 1109; mit einer übersichtlichen Auflistung der einzelnen Sachgründe wartet *Jenke*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel, S. 231 ff., auf.

[885] So auch *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 116 f.; ferner *Ballhausen*, LMK 2011, 326139.

[886] Vgl. § 4 C I 1 a.

[887] Überzeugend *Spickhoff*, NJW 2002, 1758 (1762); erweiternd *Ballhausen*, MedR 2011, 577 (578), für die Beweislastumkehr im Rahmen der Arzneimittelhaftung.

(2) Eingriffsaufklärung als vertragliche Schutzpflicht

Angesichts der in diesem Rahmen angestrebten privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts soll dessen ungeachtet an dieser Stelle eine dogmatische Einordnung erfolgen. Hierbei soll erneut an die Ausführungen zu den Schutzpflichten als „*dritte Spur*" zwischen Vertrags- und Deliktshaftung angeknüpft werden.[888] Der ärztlichen Pflicht zur Eingriffsaufklärung liegt – wie auch der Pflicht zur Vertragsaufklärung – der Schutz der jeweils im Vordergrund stehenden Schutzobjekte Rechtsgüterschutz bzw. Patientenautonomie zugrunde. Beide Aufklärungspflichten dienen damit nicht dem Leistungs-, sondern vielmehr dem Integritätsinteresse. Dies charakterisieren die sogenannten Schutzpflichten im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB.[889] Die Verletzung von Schutzpflichten führt zu einer vertragsähnlichen Anvertrauenshaftung. Diese kann sowohl im Rahmen der Deliktshaftung als auch im vorvertraglichen und vertraglichen Haftungsbereich zur Geltung kommen.[890] Insofern kann auch treffend von einem „*gesetzlichen Begleitschuldverhältnis*" gesprochen werden.[891] Im Deliktsrecht etwa hat die Aufklärungspflicht den Charakter einer Verkehrspflicht. So trifft den Arzt aus der Generalpflichtenklausel[892] gemäß § 2 Abs. 2 MBO die Pflicht, den Beruf gewissenhaft auszuüben und dem bei der Berufsausübung entgegengebrachten Vertrauen zu entsprechen. Aus der Übernahme der ärztlichen Behandlung erwachsen der Behandlungsseite Verkehrspflichten zum Schutz und der Erhaltung der Gesundheit der Patienten.[893] Da die Aufklärungspflicht dazu dienen soll, dem Patienten eine selbstbestimmte Disposition über das eigene Leben bzw. die eigene Gesundheit zu ermöglichen, muss auch die Eingriffsaufklärung als eine den Gesundheitsschutz bezweckende Berufspflicht qualifiziert werden. Daher ist auch die Aufklärungspflicht im Sinne von § 8 MBO als Verkehrspflicht zu werten. Diese allgemeinen, deliktischen Verkehrspflichten werden durch die spezielleren Verkehrspflichten in § 241 Abs. 2 BGB konkretisiert.[894] Diese unterscheiden sich von den allgemeinen Verkehrspflichten dabei zum einen in der Rechtsfolge, da eine Schutzpflichtverletzung zu einer Haftung nach Vertragsgrundsätzen führt.[895] Zum zweiten liegt der Schutzpflichtverletzung als Rechtsprinzip die Haftung aus geschäftlichem Kontakt zugrunde; sie setzt also eine vorvertragliche oder vertragliche Geschäftsverbindung

---

[888] Hierzu soeben § 4 C I 1 b aa.

[889] Vgl. *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (84); *ders.*, JZ 1965, 475 (477); Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 241 Rdnr. 6 („*personen- und vermögensrechtliches status quo*"); *Sutschet*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 241 Rdnr. 15; Staudinger/*P. Huber*, Eckpfeiler, Kap. D Rdnrn. 3 ff.; 44 ff.; *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich, S. 480.

[890] *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (105).

[891] *Medicus*/*Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnr. 203.

[892] *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 MBO Rdnr. 1.

[893] Vgl. § 4 B II 1.

[894] Vgl. die Gesetzesbegründung BT-Drs. 14/6040, S. 125; ferner MünchKomm/*Ernst*, BGB, § 280 Rdnr. 93.

[895] *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (83).

voraus.[896] Im Rahmen einer Eingriffsaufklärung liegt eine solche Sonderverbindung zwischen Patient und Arzt vor, sodass die Eingriffsaufklärung einerseits als vertragliche Schutzpflicht im Sinne von § 241 Abs. 2 BGB einzustufen ist. Innerhalb der deliktischen Arzthaftung tritt sie andererseits in Gestalt einer allgemeinen Verkehrspflicht auf. In beiden Fällen vertraut der Patient dem Arzt seine höchsten Rechtsgüter an, sodass sich insgesamt die Haftung wegen einer Aufklärungspflichtverletzung unter der Überschrift der Anvertrauenshaftung zusammenfügen lässt.

c. Zusammenfassung

Zusammenfassend gründet die Eingriffsaufklärung auf dem Rechtsprinzip der Patientenautonomie. Im Unterschied zur vorvertraglichen Patientenaufklärung liegt der Sinn und Zweck einer solchen Aufklärung in der materialen Sicherstellung einer auf Selbstbestimmung fußenden Einwilligung. Diese Patientenautonomie ist verfassungsrechtlich abgesichert. Hinter der Aufklärung werden die disponierten Rechtsgüter Leben bzw. körperliche Unversehrtheit und Gesundheit gleichsam transparent. Die Verletzung der Patientenautonomie führt zu einer Vertrags- und gleichzeitig zu einer Anvertrauenshaftung. Die Pflicht des Arztes zur Eingriffsaufklärung ist eine vertragliche Schutzpflicht und zugleich eine allgemeine Verkehrspflicht, begründet durch die Behandlungsübernahme. Bereits an dieser Stelle lässt sich als Beitrag zu einer Konkretisierung der ärztlichen Berufshaftung[897] formulieren: *Die ärztliche Berufshaftung ist eine Vertrags- und Anvertrauenshaftung, basierend auf den Rechtsprinzipien verstärkter Rechtsgüterschutz, besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und Patientenautonomie.*

2. Eingriffseinwilligung

a. Eingriffseinwilligung und Privatautonomie

Der *informed consent* als Unterprinzip der Patientenautonomie bleibt unvollständig beschrieben, sofern nicht die zeitlich auf die Eingriffsaufklärung nachfolgende

[896] *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 210 ff.; *Canaris*, in: FS Larenz, S. 27 (107 f.).

[897] Allgemein zu der Berufshaftung *Hirte*, Berufshaftung, S. 313 ff. passim, der den Versuch unternimmt, ein einheitliches Haftungsmodell für Dienstleistungen zu entwickeln. Dies erscheint jedoch dahingehend fragwürdig, als dass bereits dargelegt wurde, § 4 B I 3 b bb, dass die ärztliche Leistung keine (bloße) Dienstleistung, sondern eine *Zuwendung* darstellt und es schon deswegen einer genauen Differenzierung zwischen der Arzthaftung und den anderen Berufshaftungen bedarf.

Eingriffseinwilligung[898] berücksichtigt wird. Die Patientenautonomie findet neben der Patientenverfügung[899] vor allem in der Eingriffseinwilligung ihren zentralen Niederschlag. Sieht man in ihr ein selbstbestimmtes und vor allem auch selbstverantwortliches Handeln in personenbezogenen Angelegenheiten, muss man sich gleichzeitig folgendes vor Augen führen: Diese Form der Selbstverantwortung ist nicht gleichzusetzen mit dem privatrechtlichen Zurechnungsprinzip.[900] Dieses entscheidet, wann und unter welchen Voraussetzungen die eine Partei mit einer rechtlichen Pflicht belastet wird.[901] Die Patientenautonomie hingegen entscheidet, wann und unter welchen Voraussetzungen eine andere Partei *nicht* mit einer rechtlichen Pflicht belastet wird. Die klassische Ausprägung der eigenen Selbstverantwortung in personenbezogenen Angelegenheiten ist das Gerechtigkeitsprinzip des *volenti non fit iniuria*. Die Einwilligung des Patienten ist daher ein *negativer Haftungsgrund*.[902] Ungeachtet dieser dogmatischen Besonderheiten bleibt festzuhalten: Patientenautonomes Handeln ist privatautonomes Handeln.

b. Eingriffseinwilligung als Rechtsgeschäft

Diese Klarstellung führt nun konsequenterweise zu der viel diskutierten Fragestellung, ob die Patienteneinwilligung ein Rechtsgeschäft, eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung oder gar einen Realakt darstellt. Eine nähere Auseinandersetzung mit dieser Frage soll anhand der Ausführungen von *Ohly* erfolgen, der sich in jüngerer Vergangenheit im Rahmen seiner Habilitationsschrift unter anderem mit der dogmatischen Einordnung der arztrechtlichen Einwilligung auseinandergesetzt hat.[903] In der gebotenen Kürze sollen die wesentlichen Argumentationsstränge der Arbeit aufgezeigt werden; im Anschluss erfolgt eine eigene dogmatische Bewertung.

---

[898] Auch insoweit sollte zur Klarstellung auf die Terminologie der Selbstbestimmungseinwilligung verzichtet werden, liegt doch grundsätzlich jeder privatrechtlichen Einwilligung die Selbstbestimmung zugrunde.

[899] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 4, bezeichnet die Patientenverfügung daher als „*Sonderform der Einwilligung*".

[900] Diesbezüglich eingehend § 3 A I 1 b aa.

[901] *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 470.

[902] § 3 A I b bb.

[903] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 35 ff.; 178 ff.; vgl. dazu die Besprechung von *Deutsch*, NJW 2003, 1854.

aa. Rechtsgeschäftstheorie

Während ursprünglich die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des *BGH* die Einwilligung in personenbezogene Güter als Rechtsgeschäft qualifiziert hat,[904] wurde diese Rechtsprechung vom *BGH* in einem obiter dictum aus dem Jahr 1958[905] aufgehoben.[906] Seit diesem Zeitpunkt festigte sich die ablehnende Haltung in Rechtsprechung[907] und Literatur[908] gegen die ursprüngliche Rechtsgeschäftstheorie. In jüngerer Vergangenheit hat allen voran *Ohly* dieser Ansicht neuen Auftrieb gegeben („*Renaissance der Rechtsgeschäftstheorie*").[909] Er differenziert dabei zwischen der Einwilligung im Allgemeinen und der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung im Besonderen.[910] Dabei geht er von der Annahme aus, dass auch die persönlichkeitsrechtliche Einwilligung als Einwilligung im höchstpersönlichen Bereich ein privatautonomes Handeln darstellt.[911] Dem Grundsatz *volenti non fit iniuria* und damit der Einwilligung lägen die Ideen der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung zugrunde; mithin dränge sich der Gedanke an die Privatautonomie geradezu auf.[912] Das Instrument zur Gestaltung der Privatrechtsverhältnisse stelle dabei das Rechtsgeschäft dar.[913] Da der Begriff des Rechtsgeschäfts jedoch nicht allein dem vermögensrechtlichen Bereich vorbehalten sei, könne auch die persönlichkeitsrechtliche Einwilligung begrifflich erfasst werden.[914] So liege zwar den Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre das Leitbild der wirtschaftlichen Austauschgeschäfte zugrunde; gleichwohl enthielten die Vorschriften über die rechts-

---

[904] Anknüpfend an die Mot. II, S. 730 („*Einwilligung ist ein einseitiges Rechtsgeschäft*"), etwa RGZ 141, 262 (265) und danach auch noch BGHZ 2, 159 = NJW 1951, 916; BGHZ 7, 198 = NJW 1953, 700 (701). Pionier in dieser Frage war *Zitelmann*, AcP 99 (1906), 1 (51 ff.) et passim; daran anknüpfend die damalig h.L., im Überblick *Pawlowski*, JZ 2003, 66 (70 f.) Fn. 45, m.w.N.

[905] BGHZ 29, 33 = NJW 1959, 811; zuvor auch schon OLG München, NJW 1958, 633 (633 f.).

[906] Vgl. *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (111).

[907] Stellvertretend BGH, VersR 1961, 632; NJW 1964, 1177; NJW 1972, 335 (337); BGHZ 105, 45 = NJW 1988, 2946 (2947); insoweit missverständlich BGHZ 90, 96 = NJW 1984, 1395 (1396) („*Willenserklärung*"). Für die unterinstanzliche Rechtsprechung etwa OLG Hamm, NJW 1998, 3424 (3424 f.); AG Schlüchtern, NJW 1998, 832.

[908] Statt vieler Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 106; *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rdnr. 106; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 594; Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 Rdnr. 8; Staudinger/*Jickeli/Stieper*, BGB, Vorb. zu §§ 104 ff. Rdnr. 58; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 641; *Laufs*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 60 Rdnr. 18; *Taupitz*, Gutachten A., A 107; *Kern*, NJW 1994, 753; *Roßner*, NJW 1990, 2291 (2292); im Überblick zum strafrechtlichen Schrifttum *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung, S. 13 ff., m.w.N.

[909] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 48 ff., ferner etwa *Diederichsen*, in: FS Schreiber, S. 633 (646 ff.); MünchKomm/*Schmitt*, BGB, § 105 Rdnrn. 21 f.; zuvor schon etwa *Rosener*, Einwilligung in Heileingriffe, passim.

[910] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 207 ff.

[911] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 212.

[912] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 207. Zu diesen beiden Prinzipien des privatrechtlichen Systems § 3 A I 1.

[913] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 207.

[914] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 212.

geschäftlichen Willenserklärungen zahlreiche Sicherungen der Selbstbestimmung, die auch im Rahmen des Medizin- und Arztrechts zur Anwendung kommen könnten.[915] Dabei erkennt er an, dass eine direkte Anwendung zahlreicher Normen ausscheide. Zu einer Anwendung rechtsgeschäftlicher Vorschriften gelangt er jedoch methodisch über die teleologische Reduktion.[916] Im Ergebnis stellt – nach *Ohly* – die Einwilligung in personenbezogene Rechte ein (untypisches) Rechtsgeschäft dar.

bb. Stellungnehmende Gegenargumentation

Ohlys Verdienst liegt darin, dass er das Arztrecht mit Grund ermahnt, die privatrechtliche Dogmatik ungeachtet aller Modifikatoren nicht aus den Augen zu verlieren. Es bedarf auch (oder eher: vor allem) innerhalb des Arzt-Patienten-Verhältnisses nachvollziehbarer und berechenbarer Strukturen. Zweifellos hat *Ohly* zu einer privatrechtsdogmatischen Weiterentwicklung des Arztrechts einen wichtigen Beitrag geleistet.

Eingangs kann der vorstehenden Argumentation dahingehend beigepflichtet werden, dass auch im Rahmen der Patienteneinwilligung die Elemente der Selbstbestimmung und der Selbstverantwortung wiederzufinden sind. Privatautonomes Handeln mit den Elementen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung ist demnach gleichfalls im höchstpersönlichen Bereich, im Rahmen der Patientenautonomie, vorzufinden. Speziell in der vorliegenden Arbeit soll deutlich gemacht werden, dass das privatrechtliche System ein taugliches dogmatisches Fundament für das Arztrecht bieten kann. Modifiziert durch ethische und verfassungsrechtliche Parameter ist dieses System – und als wesentlicher Bestandteil hiervon die Privatautonomie – für die arztrechtliche Dogmatik vielfach von dogmatischem Mehrwert. An dieser Stelle muss jedoch zugleich die Kritik an der dargestellten Argumentationslinie ansetzen: Sie differenziert allein zwischen der Einwilligung im Allgemeinen und der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung im Besonderen.[917] Diese Trennung leuchtet insoweit ein, als dass – wie *Ohly* zutreffend ausführt – den Vorschriften des Rechtsgeschäfts das Leitbild der wirtschaftlichen Austauschgeschäfte zugrunde liegt. Mit dieser begrifflichen Differenzierung wird zum Ausdruck gebracht, dass die Figur der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung der grundlegenden Struktur der Rechtsgeschäftslehre zuwiderläuft oder zumindest eine exklusive Position einnimmt. *Ohly* bleibt jedoch an dieser Stelle stehen, ohne innerhalb der Persönlichkeitsrechte weiter zu differenzieren, also die besonderen behandlungsethischen Grundsätze, die über den allgemeinen Gerech-

---

915 *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 212 f.

916 *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 205.

917 Zuvor differenziert *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 54 ff., noch innerhalb der persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung nach berufsspezifischen Ansätzen.

tigkeitsgedanken des *volenti non fit iniuria* hinausgehen, zu berücksichtigen. Aufgrund der unterschiedlichen ethischen Grundlagen rufen die verschiedenen persönlichkeitsrechtlichen Einwilligungen nach weiteren Differenzierungen. Die Patientenautonomie soll eine freie Disposition über die eigenen Rechtsgüter ermöglichen, während etwa die Einwilligung im Urheberrecht vorrangig die Disposition über ein allgemeines Persönlichkeitsrecht gewährleistet. Letztere Disposition kann aber kommerzialisiert werden.[918] Auf der einen Seite wohnt ihr also ein höchstpersönliches, aber gleichzeitig auf der anderen Seite auch ein vermögensrechtliches Element inne.[919] Beispielsweise der Schutz des Rechts am eigenen Bild gemäß § 22 KUG schützt einmal vor Persönlichkeitsverletzungen; zum anderen steht hier jedoch zunehmend das kommerzielle Interesse des Abgebildeten im Vordergrund.[920] Die Einwilligung im Sinne von § 22 S. 1 KUG erfolgt regelmäßig, wie auch § 22 S. 2 KUG impliziert, um einer Gegenleistung willen.[921] Dieses Zusammenspiel zwischen ideellen und kommerziellen Interessen wird für das Urheberrecht in § 11 UrhG zusammengefasst.[922] Nach der im Urheberrecht herrschenden monistischen Theorie lässt sich nicht zwischen dem vermögensrechtlichen und persönlichkeitsrechtlichen Kern trennen.[923] Entscheidend ist nun: Bei der Patienteneinwilligung in die ärztliche Heilmaßnahme weist das betroffene Persönlichkeitsrecht konträr zum Urheberrecht gerade *keinen* vermögensrechtlichen Kern auf. Grundsätzlich[924] sind die betroffenen Rechtsgüter Leben, körperliche Unversehrtheit und Gesundheit *nicht* kommerzialisiert, es handelt sich also insoweit um eine „*res extra commercium*".[925] Demnach lässt sich nicht pauschal von einer persönlichkeitsrechtlichen Einwilligung sprechen; eher unterliegt die Patienteneinwilligung einer gesonderten, vom Urheberrecht abweichenden Beurteilung.[926]

---

[918] Zu der Kommerzialisierung von Persönlichkeitsrechten umfassend *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung, S. 93 et passim; *Wandtke*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR, Vorb. Rdnrn. 38 ff., m.w.N.

[919] *Fricke*, Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen, S. 101.

[920] *Dreier*, in: Dreier/Schulze, KUG, Vorb zu. §§ 22 ff. KUG, Rdnr. 1.

[921] So auch *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 16.

[922] „*Das Urheberrecht schützt den Urheber in seinen geistigen und persönlichen Beziehungen zum Werk und in der Nutzung des Werkes. Es dient zugleich der Sicherung einer angemessenen Vergütung für die Nutzung des Werkes.*"

[923] *Schulze*, in: Dreier/Schulze, UrhG, § 11 UrhG Rdnr. 2.

[924] Diese Einschränkung ist insofern wichtig, als dass zunehmend auch Körperstoffe bzw. Organe kommerzialisiert sind. Man denke nur an die Bedeutung der Blutspenden bzw. Organtransplantationen. Aber auch hier wird im Unterschied zum Urheberrecht einer Kommerzialisierung entgegengewirkt. So soll nach § 10 S. 1 TFG die Spendeentnahme unentgeltlich erfolgen. Zudem ist nach § 10 TPG der Organ- und Gewebehandel verboten. Näher zu der Kommerzialisierung des Körpers *Potthast/Herrmann/Müller*, Wem gehört der menschliche Körper?, passim.

[925] So treffend Staudinger/*Sack/Fischinger*, BGB, § 138 Rdnrn. 627 ff.

[926] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 23, macht zwar anfangs deutlich, dass sich persönlichkeitsrechtliche und vermögensrechtliche Einwilligung überlappen können; er verkennt aber, dass dies bei

Nach dieser Verfeinerung erscheint die von *Ohly* vorgenommene Qualifizierung der Patienteneinwilligung als Rechtsgeschäft in einem anderen, weil differenzierterem Licht. Den Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre liegen im Allgemeinen als Modell der Schuldvertrag und im Besonderen der Kaufvertrag zugrunde.[927] Insofern wird deutlich, dass der wirtschaftliche, auf Vermögensinteressen abzielende Austauschvertrag maßgeblich ist. Dies lässt sich anhand von § 153 BGB[928] exemplifizieren. Nach den gesetzgeberischen Motiven liegt das Telos dieser Norm darin, dass rechtsgeschäftliche Willenserklärungen regelmäßig „*aus einem wirtschaftlichen Bedürfnisse oder aus einem Geldinteresse hervorgehen, und dass dieses Bedürfnis oder Interesse der Regel nach mit dem Vermögen bestehen bleibt, wenn solches auch mit dem Tode des bisherigen Inhabers in andere Hände übergeht.*“[929] Dieser teleologische Hintergrund der rechtsgeschäftlichen Willenserklärung äußert sich aber nicht nur bei einem Vertragsangebot. Durchaus auch bei einseitigen rechtsgeschäftlichen Willenserklärungen, wie etwa dem Testament gemäß § 1937 BGB, wird die wirtschaftliche Bedeutung in den Mittelpunkt gestellt. So bezeichnet das *BVerfG* die Testierfreiheit „*als individuelles Selbstbestimmungsrecht im wirtschaftlichen Bereich*“.[930] Gleichzeitig macht dieses Beispiel deutlich: Auch das Rechtsgeschäft kann – ähnlich dem Persönlichkeitsrecht – einen Doppelcharakter aufweisen:[931] Dies wird neben dem Testament im gleichen Maße bei anderen Rechtsgeschäften deutlich, man denke nur an das Verlöbnis, die Ehe oder auch die Adoption.[932] So könnte man nun erwägen, die Patienteneinwilligung in diese Reihe höchstpersönlicher Rechtsgeschäfte mit Doppelcharakter einzuordnen. Allerdings greift an dieser Stelle wiederum die obige Argumentation: Da die Patienteneinwilligung – konträr zu den übrigen höchstpersönlichen Rechtsgeschäften – keinen vermögensrechtlichen Kern vorweist, kann sie weder allgemein als Rechtsgeschäft noch speziell als höchstpersönliches Rechtsgeschäft eingeordnet werden. Endlich kann gegen die Rechtsgeschäftstheorie die in diesem Rahmen bereits vorgenommene Differenzierung

der Patienteneinwilligung regelmäßig gerade nicht der Fall ist. Eine diesbezügliche Kritik deutet auch *Deutsch*, NJW 2003, 1854, in seiner entsprechenden Rezension an.

[927] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 32. Allgemein zum Zusammenspiel von Wirtschaftsverfassung und Privatautonomie bzw. Rechtsausübungsfreiheit *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 2 Rdnrn. 35 ff., m.w.N.

[928] „*Das Zustandekommen des Vertrages wird nicht dadurch gehindert, dass der Antragende vor der Annahme stirbt oder geschäftsunfähig wird, es sei denn, dass ein anderer Wille des Antragenden anzunehmen ist.*“

[929] Mot. I, S. 176.

[930] BVerfGE 99, 341 = NJW 1999, 1853.

[931] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 148: „*Auch wenn die Verfügung von Todes wegen vornehmlich vermögensrechtliche Anordnungen enthält, wird sie von der Rechtsordnung doch als personenbezogen gedacht. Der von Todes wegen Verfügende verfügt über den Bereich seiner Person für die Zeit nach dem Tode.*“

[932] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 203; vgl. ferner Staudinger/*Sack*/*Fischinger*, BGB, § 138 Rdnrn. 627 ff.; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 23 Rdnrn. 28 ff.; Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 Rdnr. 13; für diese Rechtsgeschäfte ist eine Stellvertretung ausgeschlossen, vgl. nur *Bork*, Allgemeiner Teil, S. 506 ff.

zwischen Vertrags- und Eingriffsaufklärung nach dem geschützten Rechtsgut ins Feld geführt werden. Die Eingriffsaufklärung dient in erster Linie der materialen Sicherstellung einer selbstbestimmten Patienteneinwilligung.[933] Im Gegensatz zur Vertragsaufklärung werden damit bei der Patienteneinwilligung allein persönlichkeitsrechtliche Intentionen verfolgt.

c. Eingriffseinwilligung als rechtsgeschäftsähnliche Vertrauensäußerung

In der ablehnenden Haltung gegenüber der Einordnung *Ohlys* kann freilich nicht verharrt werden. So ist dessen Hinweis berechtigt, dass die Schwäche vieler nichtrechtsgeschäftlicher Erklärungsmodelle darin liegt, dass sie der abgelehnten Rechtsgeschäftstheorie keinen eigenen, dogmatisch überzeugenden Ansatz gegenüberstellt.[934]

Sieht man in der Patienteneinwilligung kein Rechtsgeschäft, verbleiben als Rechtshandlungen die rechtsgeschäftsähnliche Handlung bzw. der Realakt.[935] Beide Einordnungen sind problematisch. Versteht man unter einem Realakt eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Willensbetätigung, die kraft Gesetzes eine Rechtsfolge hervorbringt,[936] so liegt der Unterscheid zu dem Rechtsgeschäft bzw. der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung darin, dass der Realakt keine Erklärung ist.[937] Dabei muss allerdings bedacht werden, dass die Einwilligung die Folge eines Kommunikationsakts zwischen Arzt und Patient darstellt.[938] Der Arzt muss den Erklärungsgehalt der Einwilligung ermitteln und daran sein ärztliches Handeln ausrichten. Dem Charakter dieses Kommunikationsaktes entspricht allein eine Einordnung der Einwilligung als Erklärung. Ferner spricht gegen die Einordnung als Realakt, dass ihm – im Gegensatz zur rechtsgeschäftsähnlichen Handlung –[939] kein privatautonomes Element inne wohnt, da er allein auf eine tatsächliche

[933] § 4 C I 1 a.

[934] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 208.

[935] So wohl noch *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht, Rdnr. 282 („*weder Willenserklärung noch rechtsgeschäftsähnliche Handlung*“) und BGB-RGRK/*Steffen*, § 823 Rdnr. 377; anders jetzt aber *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht, Rdnr. 106.

[936] Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 BGB Rdnr. 9, näher hierzu *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 22 Rdnrn. 20 ff., m.w.N.

[937] Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 BGB Rdnr. 9. Insbesondere vor diesem Hintergrund finden die Vorschriften über Rechtsgeschäfte grundsätzlich keine analoge Anwendung, vgl. erneut *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 22 Rdnr. 22.

[938] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 243; *Laufs*, NJW 2000, 846 (847); MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 797; zu den damit regelmäßig einhergehenden Kommunikationsstörungen bei der Aufklärung durch ausländische Ärzte respektive ausländischen Patienten *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, IPR Rdnr. 24; *Muschner*, Haftungsrechtliche Stellung ausländischer Patienten, passim; aus medizinethischer Sicht lehrreich *Dörner*, Der gute Arzt, S. 14 f., m.w.N. Zum Kommunikationsverhältnis Arzt-Patient näher § 6 A II 1.

[939] Vgl. *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 107.

Handlung abstellt. Aber auch die von der herrschenden Literatur vorgenommene Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung[940] vermag nicht vollständig zu überzeugen. Problematisch an dieser Ansicht ist, dass sich die geschäftsähnliche Handlung vom Rechtsgeschäft nicht im Dispositionsgut unterscheidet. So dient auch die geschäftsähnliche Handlung vornehmlich der Regelung von Vermögensinteressen.[941] Die Besonderheit der Patienteneinwilligung, eine rechtliche Regelung im Rahmen von personenbezogenen Angelegenheiten zu treffen, wird durch eine Einordnung als rechtsgeschäftsähnliche Handlung folglich ebenfalls nicht deutlich. Es wird also erkennbar: Die Privatrechtsdogmatik weist prima vista kein rechtstechnisches Gestaltungsmittel für die Patientenautonomie auf.

Dabei gibt es durchaus Anknüpfungsmaterial. Wie bereits angesprochen,[942] ähnelt die Patienteneinwilligung den höchstpersönlichen Rechtsgeschäften in dem personenbezogenen Kern. Die vornehmlich der Sicherung von Vermögensinteressen dienenden Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre lassen sich für diese Rechtsgeschäfte häufig nicht (unmittelbar) heranziehen.[943] Daher wurde für diese Rechtsgeschäfte im Familien- und Erbrecht ein Sonderrecht geschaffen. Da freilich für die Patienteneinwilligung solche Sonderregelungen (bislang) fehlen,[944] verbleiben hierfür allein die Regelungen der Rechtsgeschäftslehre. Diese Vorschriften sind jedoch vielfach für die Patienteneinwilligung ungeeignet. Nimmt man etwa die Regelungen zur Geschäftsfähigkeit gemäß §§ 104 ff. BGB so wird man schon wegen der herausragenden Bedeutung des Persönlichkeitsrechts beim Eingriff in die körperliche Integrität und des damit einhergehenden Schutzes durch das verfassungsrechtliche Übermaßverbot[945] nicht die starre Regel der §§ 104 ff. BGB anwenden können. Vielmehr wird beispielsweise auch ein 16jähriger, der über die nötige Einsichtsfähigkeit verfügt, in einen ärztlichen Heil-

---

[940] Vgl. im Überblick hierzu *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 45.

[941] Exemplarisch sei an dieser Stelle auf die Mahnung gemäß § 286 BGB hingewiesen; näher zu der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 22 Rdnrn. 14 ff., m.w.N.

[942] Vgl. § 4 C I 2 b bb.

[943] So richtigerweise Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb. zu § 104 BGB Rdnr. 13.

[944] Auch nach dem Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz sind keine besonderen, die allgemeine Rechtsgeschäftslehre modifizierenden Vorschriften für die Eingriffseinwilligung geplant.

[945] Zum verfassungsrechtlichen Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit, *Canaris*, JZ 1987, 393 (394); hierzu näher *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (371 f.), m.w.N. Vor diesem Hintergrund erscheint es fragwürdig, dass die h.M. weiterhin mit der „*Alles-oder-Nichts-Lösung*" eine relative Geschäftsfähigkeit, abhängig von dem konkreten Schwierigkeitsgrad des konkreten Geschäfts, nicht anerkennt; ablehnend etwa BGH, NJW 1970, 1680 (1681); Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 104 Rdnr. 6. Im Lichte der hohen abstrakten Wertigkeit der Privatautonomie gegenüber einem allgemeinen Verkehrsschutz, der regelmäßig - wie rechtsvergleichende Erfahrungen aus Österreich und der Schweiz zeigen - kaum beeinträchtigt sein wird, sprechen die maßgeblichen Kriterien des beweglichen Systems (abstrakte Wertigkeit und Eingriffsintensität) bei der Berücksichtigung staatlicher Schutzpflichten für die Anerkennung dieser Rechtsfigur, so schon *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 186 ff.; jüngst auch *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (380 ff.), m.w.N.

eingriff (privatautonom) einwilligen können.[946] Ähnliche Zweifel treten bei den Regelungen zur Anfechtung, der Stellvertretung und der Willenserklärung im Allgemeinen auf.[947] Diesem Problem kann methodisch auf zwei Wegen entgegnet werden: Zum einen ließe sich – nach *Ohly* – mit der teleologischen Reduktion operieren. Zum anderen tritt im Einzelfall eine analoge Anwendung der Vorschriften über die Rechtsgeschäftslehre in den Erwägungskreis.

Methodisch spricht gegen die Anwendung der teleologischen Reduktion im vorliegenden Fall Folgendes: Ist umstritten, ob der die Rechtsfolge auslösende Tatbestand überhaupt vorliegt, erscheint es methodisch unsauber, den Tatbestand auf der einen Seite weit auszulegen um gleichzeitig eine teleologische Reduktion vorzunehmen. Ein wesentlicher Unterscheid zwischen teleologischer Reduktion und Analogie liegt darin, dass bei ersterer zweckorientierte Korrekturen vorgenommen werden, während bei letzterer vice versa eine als ähnlich erachtete Rechtsnorm auf einen ungeregelten Sachverhalt angewendet wird.[948] Teleologische Reduktion und Analogie unterscheiden sich demnach in ihrem Ausgangspunkt: Während bei der Analogie die Rechtsnorm mangels Tatbestandsmäßigkeit keine Rechtsfolge herbeiführen kann, kann diese Norm bei der teleologischen Reduktion aufgrund der Tatbestandsmäßigkeit durchaus eine Rechtsfolge auslösen, wenngleich eine teleologisch unerwünschte.[949] Bei der Analogie wird eine Normanwendung positiv ermöglicht, während bei der teleologischen Reduktion eine Normanwendung negativ ausgeschlossen wird. Kurzum: Beide Auslegungsmethoden stehen sich spiegelbildlich gegenüber. Die Befürworter der teleologischen Reduktion operieren vor diesem Hintergrund mit einem methodischen Trick, da sie die conditio ihrer erforderlichen Reduktion künstlich schaffen. So ist der teleologischen Reduktion die der restriktive Normauslegung vorgeschaltet.[950] Bei der rest-

---

[946] So auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr, 256; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 15; auch für die Patientenverfügung kommt es daher allein auf eine Einwilligungsfähigkeit an, vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 4, m.w.N. Zum Sonderfall minderjähriger Eltern *Kern*, MedR 2005, 628 ff.

[947] Näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 255, m.w.N.

[948] Näher zu diesem Verhältnis beispielsweise *Larenz*, Methodenlehre, S. 381 ff.; *ders./Wolf*, Allgemeiner Teil, § 4 Rdnrn. 80 ff; *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 475 ff.; *Rüthers*, Rechtstheorie, Rdnrn. 889 ff.; Staudinger/*Coing/Honsell*, Eckpfeiler, Kap. B Rdnrn. 61 ff.; Staudinger/*Looschelders/Olzen*, BGB, § 242 Rdnrn. 345 ff., je m.w.N.

[949] Als klassisches Beispiel für die teleologische Reduktion wird von *Larenz*, Methodenlehre, S. 392 ff., § 181 BGB genannt, vgl. auch BGHZ 59, 236 = NJW 1972, 2262. Nach dem Tatbestand dieser Norm kann ein gesetzlicher Vertreter gegenüber dem vertretenen Geschäftsunfähigen keine Schenkung vornehmen, da weder eine „*Gestattung*" vorliegt noch der Vertreter in „*Erfüllung einer Verbindlichkeit*" agiert. Da jedoch die Ungültigkeit der Schenkung dem Telos der Norm zuwiderliefe, wird § 181 BGB für diesen Fall teleologisch reduziert. Zu der Anwendung des § 181 BGB im Rahmen einer Schenkung auch BGHZ 161, 170 = NJW 2005, 415.

[950] So *P. Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S. 198; ferner zum Zusammenspiel von Auslegung und Analogie bzw. teleologischer Extension Staudinger/*Coing/Honsell*, Eckpfeiler, Kap. B Rdnrn. 61 ff.

riktiven Normauslegung fehlt es schon an der Tatbestandsmäßigkeit; während bei der teleologischen Reduktion der zu prüfende Fall selbst bei restriktiver Normauslegung vom Wortlaut der Norm erfasst wird.[951] Die Befürworter der Reduktion nehmen jedoch gerade keine restriktive Auslegung des Begriffs Rechtsgeschäft vor, da ansonsten die Patienteneinwilligung nicht als Rechtsgeschäft qualifiziert werden könnte. Dieser methodische Grundsatz wird verkannt, wenn in concreto mit einer teleologischen Reduktion argumentiert und operiert wird. Gleiches gilt freilich auch für den Bereich der Analogie: Dieser geht methodisch in ähnlicher Weise die extensive Auslegung des betreffenden Wortlauts voran;[952] insoweit lässt sich von der Subsidiarität der Analogie gegenüber der extensiven Auslegung sprechen. Wird die Patienteneinwilligung von der Wortlautgrenze des Begriffs Rechtsgeschäft nicht mehr erfasst, schließt sich die Analogie an. Wie bereits angesprochen,[953] setzt der Begriff *Rechtsgeschäft* zumindest auch voraus, dass der rechtlichen Handlung ein vermögensrechtlicher Kern innewohnt. Die Wortlautgrenze ist bei einem Rechtsgeschäft also dann erreicht, wenn keinerlei wirtschaftliche, geschäftliche bzw. vermögensrechtliche Bezüge mehr vorhanden sind. Da bei der Patienteneinwilligung genau dies der Fall ist, führt eine extensive Wortlautauslegung nicht weiter. Es bedarf demzufolge für eine (methodenehrliche) Anwendung der Vorschriften aus der Rechtsgeschäftslehre der Analogie.

Eine analoge Anwendung dieser Vorschriften wird nun in der Privatrechtsdogmatik dann erreicht, sofern eine rechtliche Handlung als rechtsgeschäftsähnlich qualifiziert wird. In der Patienteneinwilligung ist jedoch grundsätzlich – wie bereits geschildert – keine rechtsgeschäftsähnliche Handlung zu sehen. Dies ist zumindest dann der Fall, wenn man den Unterschied zu dem Rechtsgeschäft allein darin sieht, dass die Rechtsfolgen nicht final beabsichtigt, sondern vielmehr ipso iure eintreten.[954] Ein weiterer Unterschied kann jedoch auch – wie bei der Patienteneinwilligung – darin liegen, dass ein Rechtssubjekt zwar privatautonom handelt, gleichzeitig aber keine vermögensrechtlichen Interessen betroffen sind. Die Ähnlichkeit mit dem Rechtsgeschäft liegt dann in der rechtstechnischen Verwirklichung der Privatautonomie; der signifikante Unterschied in dem fehlenden vermögensrechtlichen Kern. Das unterscheidet gleichwohl nur die Patienteneinwilligung vom *Rechtsgeschäft*. Darüber hinaus bedarf es einer Abgrenzung von den übrigen *rechtsgeschäftsähnlichen* Handlungen, die sich nicht im fehlenden vermögensrechtlichen Kern, sondern vielmehr allein in der nicht final beabsichtigten Rechtsfolge vom Rechtsgeschäft unterscheiden. Diese Differenzierung wird zum Ausdruck gebracht, indem man – angelehnt an der Aufteilung im Bereich der Rechts-

---

[951] Vgl. *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 4 Rdnrn. 80 f.; *Bork*, Allgemeiner Teil, Rdnr. 142.

[952] Vgl. *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III), S. 690; ferner wiederum *P. Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung, S. 198.

[953] Vgl. § 4 C I 2 b bb.

[954] So die gängige Definition, vgl. Palandt/*Ellenberger*, BGB, Vorb zu § 104 Rdnr. 6, m.w.N.

geschäfte – zwischen personenrechtlichen und vermögensrechtlichen rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen trennt.[955] Bei der personenrechtlichen rechtsgeschäftsähnlichen Handlung wird allein über Rechtsgüter ohne vermögensrechtlichen Kern disponiert. Dabei finden die Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre dann eine analoge Anwendung, sofern sie nicht den Prinzipien des arztrechtlichen Systems widersprechen.[956]

Vor dem geschilderten Hintergrund der Arzt-Patienten-Beziehung erscheint ferner die Bezeichnung der Einwilligung als geschäftsähnliche *Handlung* zumindest schief.[957] Bei der Patienteneinwilligung muss beachtet werden, dass die Einwilligung im Regelfall als Abschluss eines vertrauensvollen Aufklärungsgesprächs erfolgt. Der Arzt klärt den Patienten einfühlsam, seinen individuellen Bedürfnissen entsprechend auf; der Patient nimmt diese Information in einen eigenen Entscheidungsprozess mit auf und entscheidet dann selbstbestimmt und selbstverantwortlich. Der Patient bringt damit dem Arzt das größtmögliche Vertrauen entgegen, da er seine höchsten Güter ärztlichen, gleichwohl fremden Händen anvertraut.[958] Die Patienteneinwilligung stellt damit keine bloße Handlung, sondern darüber hinausgehend eine *Vertrauensäußerung* dar. Die Einwilligung hat – wie die Behandlungsbeziehung an sich – nicht nur eine rechtliche, sondern vielmehr auch eine psychologische Funktion.

Zusammenfassend sollte die Patienteneinwilligung terminologisch als Vertrauensäußerung beschrieben werden, auf die die Vorschriften der Rechtsgeschäftslehre dann analoge Anwendung finden, wenn sie den arztrechtlichen Prinzipien nicht widersprechen. Sie stellt daher die rechtstechnische Verwirklichung der Patientenautonomie dar.

---

[955] Palandt/Ellenberger, BGB, Vorb. zu § 104 Rdnr. 8, spricht von den *geschäftsähnlichen Handlungen mit höchstpersönlichem Charakter*. Da aber im Rahmen der Rechtsgeschäfte ebenfalls nach den personenrechtlichen und vermögensrechtlichen Rechtsgeschäften differenziert wird, vgl. Palandt/*Ellenberger*, Vorb zu § 104 BGB Rdnr. 13, sollte diese Begrifflichkeit auch im Rahmen der rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen gewählt werden. Dann wird auch deutlich, dass der Unterschied zwischen den personenrechtlichen Rechtsgeschäften und den personenrechtlichen rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen darin liegt, dass letzteren ein vermögensrechtlicher Kern vollständig fremd ist.

[956] So allgemein überzeugend *Esser*, Grundsatz und Norm, S. 252 f. („*Obgleich […] analogisches Denken nicht aus Prinzipien „schließt“, setzt es doch solche Prinzipien als Beziehungspunkte, Kriterien und Maßstäbe der Vergleichbarkeit voraus*“) ; ferner zum Zusammenspiel von Analogie und Rechtsprinzipien *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 485.

[957] Vgl. § 4 B I 3 b bb („*Zuwendung*“) zu der vergleichbaren Problematik bei der Abgrenzung des Behandlungsvertrages von den (bloßen) Dienstleistungen.

[958] Nochmals zu der ärztlichen Berufshaftung als Anvertrauenshaftung § 4 C I 1 b.

II. Informationelle Selbstbestimmung

1. Der Schutz der informationellen Selbstbestimmung im arztrechtlichen System

Die Patientenautonomie beinhaltet als Rechtsprinzip nicht allein den Schutz der individuellen Dispositionsfreiheit über die dahinter transparent werdenden Lebensgüter, sondern darüber hinaus – dies sollen die nachfolgenden Zeilen verdeutlichen – den Schutz der individuellen Dispositionsfreiheit über die Preisgabe und Verwendung der persönlichen Daten. Auf diese Weise soll das Vertrauensverhältnis Arzt/Patient abgesichert werden, da Vertrauen grundsätzlich nur dann entgegengebracht wird, wenn auch eine Pflicht der Gegenseite zur Vertraulichkeit besteht.[959]

Es wurde bereits angedeutet,[960] dass bei Betrachtung des arbeitsteiligen Grenzsystems das Recht auf informationelle Selbstbestimmung vielfach unbeleuchtet bleibt. Gleichwohl hat der Patient auch ein datenschutzrechtliches Interesse daran, dass allein ein bestimmter Arzt (des Vertrauens) tätig wird. Aus diesem Grund ist die Schweigepflicht berufsrechtlich, vgl. § 9 MBO, geschützt. Diese berufsrechtliche Pflicht gründet in erster Linie auf dem ethischen Behandlungsgrundsatz, die informationelle Patientenautonomie zu achten und dadurch die für die Erfüllung des Heilauftrags unabdingbare Voraussetzung, die Vertrauensbeziehung Arzt/Patient, zu ergänzen. Neben den sogleich zu beleuchtenden privat- und strafrechtlichen Konsequenzen einer Berufspflichtverletzung,[961] gehen mit einer Schweigepflichtverletzung auch erhebliche berufsrechtliche Konsequenzen einher. Als ultima ratio droht dem Arzt im Falle einer besonderen Schwere bzw. Häufigkeit ein Berufsausübungsverbot.[962] Über das Berufsrecht hinaus ist die Schweigepflichtverletzung ferner strafbewehrt, vgl. §§ 203 ff. StGB.[963] § 203 StGB wird

[959] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 634. Dabei soll ergänzend angemerkt werden, dass sich die Vertrauensbeziehung Arzt/Patient erst dann im Sinne des ärztlichen Heilauftrags als fruchtbar erweisen wird, wenn sie auch ohne Strafbewährung existiert. An dieser Stelle soll erneut auf den Vertrauenbegriff *Luhmanns* verwiesen werden, der auf das Verhältnis von Freiheit und Vertrauen aufmerksam macht, vgl. hierzu bereits § 4 A I 1 b. Zum Diskurs, ob die Schweigepflicht auch als Allgemeinrechtsgut geschützt wird *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 203 StGB Rdnr. 1, m.w.N. Allgemein stehen ethische Behandlungsgrundsätze und strafrechtliche Sanktionen nicht in einem Alternativverhältnis. Dies wird vor allem im Bereich der aktiven Sterbehilfe deutlich, näher dazu *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers, S. 284 f.

[960] Vgl. § 4 A II 2 b.

[961] Zur prozessualen Absicherung der ärztlichen Schweigepflicht näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 651 ff., m.w.N.

[962] Hierzu näher *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 5, m.w.N. aus den einzelnen Berufsordnungen. Einer berufsrechtlichen Konsequenz steht nicht das Verbot der Doppelbestrafung aus Art. 103 Abs. 3 GG entgegen, vgl. *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 145 Rdnr. 17, m.w.N.

[963] Zu den einzelnen Tatbestandsmerkmalen näher *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 203 StGB Rdnrn. 2 ff, m.w.N. Bezüglich des Sonderfalls der Schweigepflichtverletzung durch Amts-

dabei allgemein als Schutzgesetz im Sinne von § 823 Abs. 2 BGB qualifiziert, sodass sich eine deliktsrechtliche Haftung zum einen aus §§ 823 Abs. 2 i.V.m. § 203 StGB ergeben kann.[964] Ferner erwächst aus der berufsrechtlichen Schweigepflicht eine Verkehrspflicht, die im Falle einer Verletzung des Weiteren zu einer Haftung aus § 823 Abs. 1 BGB führt.[965] Ein Anspruch auf Geldentschädigung steht dem Patienten dann zu, wenn der Eingriff schwerwiegend und nicht auf eine andere Weise, etwa durch einen Widerruf, ausgeglichen werden kann.[966] Getreu dem System der ärztlichen Anvertrauenshaftung ist die ärztliche Schweigepflicht ferner eine Neben- bzw. Schutzpflicht gemäß § 241 Abs. 2 BGB aus dem Behandlungsvertrag.[967] Diese Pflicht entsteht aber nicht erst mit dem eigentlichen Vertragsschluss, sondern bereits mit vorvertraglichen Kontaktaufnahme, §§ 311 Abs. 2 Nr. 3, 241 Abs. 2 BGB.[968] Eine Pflichtverletzung führt insoweit zu einer Haftung nach den Grundsätzen der culpa in contrahendo. Umgekehrt endet die ärztliche Schweigepflicht nicht mit der Beendigung des vertraglichen Behandlungsverhältnisses; vielmehr bleibt die Schweigepflicht als nachvertragliche Schutzpflicht über die Vertragsabwicklung hinaus bestehen, kann demzufolge zu einer *culpa post contractum finitum* führen.[969] Als Rechtsfolge kann der Patient Schmerzensgeld, bei Widerholungsgefahr auch Unterlassung (§ 1004 BGB analog) einklagen.[970] Über diese haftungsrechtlichen Gesichtspunkte hinaus fällt der ärztlichen Schweigepflicht in praxi daneben dann ein erheblicher Stellenwert zu, wenn Honorarforderungen an eine Gebühreneinzugsstelle abgetreten bzw. im Rahmen einer Praxisübergabe Patientendaten mit übergeben werden. Erfolgt eine solche Datenweitergabe ohne Einwilligung des Patienten, liegt ein Verstoß gegen § 203 StGB vor,

träger (§§ 203 Abs. 2, 353 b Abs. 1 StGB) näher *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 145 Rdnrn. 12 ff., m.w.N.

[964] Vgl. nur BGH, NJW 1968, 2288; OLG Hamm, MedR 1995, 328; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 634; *Lippert*, in: Ratzel/Lippert, MBO, § 9 Rdnr. 78.

[965] Verletztes Rechtsgut ist in diesem Fall das Allgemeine Persönlichkeitsrecht, vgl. hierzu OLG München, MedR 2010, 645; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 9, m.w.N.

[966] Ständige Rechtsprechung BGH, NJW 1970, 1077, m.w.N.; Soergel/*Beater*, BGB, § 823 Anh. IV Rdnrn. 244 f., je m.w.N.; konkret bezüglich der Schweigepflichtverletzung OLG München, MedR 2010, 645 (647); *Kullmann*, MedR 2001, 343 ff.; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 9; instruktiv ferner *Deutsch*, ZRP 2001, 351 ff., m.w.N.

[967] OLG Karlsruhe, MedR 2007, 253 (254); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 115; *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 338 Rdnr. 29; Staudinger/*Otto*, BGB, § 280 Rdnr. C 34; *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 9 MBO Rdnr. 1; *Lippert*, in: *Ratzel/Lippert*, in: MBO, § 9 Rdnr. 76; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 6; zur postmortalen Schweigepflicht gegenüber Angehörigen BGH, NJW 1983, 2627 (2628 f.).

[968] So mit Recht *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 7.

[969] Wiederum *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 8 a.E. Zur Bedeutung der nachvertraglichen Schutzpflicht beim Behandlungsvertrag bereits § 4 C I 1 b bb (2).

[970] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 634, m.w.N.

was die Nichtigkeit gemäß § 134 BGB einer solchen Vereinbarung zur Folge hat.[971]

Zusammenfassend wird die ärztliche Schweigepflicht einfachgesetzlich durch die arztrechtliche Troika Berufs-, Privat- und Strafrecht „*simultan angeordnet*".[972] Das arztrechtliche System erstreckt sich damit als interdisziplinäres Rechtsgebiet auch im Rahmen der informationellen Patientenautonomie über das eigentliche Quellgebiet des Privatrechts hinaus.

2. Die Patienteneinwilligung als Ausübung des informationellen Selbstbestimmungsrechts

Nachdem die maßgeblichen Datenschutzinstrumente des arztrechtlichen Systems skizziert wurden, schließt sich sogleich die Frage an, unter welchen Umständen bzw. in welchem Umfang die ärztliche Schweigepflicht im Rahmen der arbeitsteiligen Medizin geschützt wird. Die informationelle Patientenautonomie ist in den Zeiten der zunehmenden Arbeitsteilung besonders gefährdet.[973] So tritt bei der medizinischen Arbeitsteilung folgendes Spannungsfeld auf: Auf der einen Seite bleibt auch innerhalb eines arbeitsteiligen Handelns auf der Behandlungsseite die informationelle Patientenautonomie umfassend geschützt. Die Befugnis über die maßgeblichen Daten zu disponieren verbleibt allein beim Patient.[974] Daher kann im Ausgangspunkt eine Einwilligung in die Preisgabe von Patientendaten allein ausdrücklich erfolgen.[975] Insofern besteht ein Stufenverhältnis zwischen ausdrücklicher und konkludenter Einwilligung.[976] Auf der anderen Seite ist es für die ärztliche Behandlung unabdingbar, dass sich der behandelnde Arzt mit seinen an der Behandlung ebenfalls beteiligten Ärzten austauschen kann. Vor diesem Hintergrund regelt § 9 Abs. 4 MBO, dass die behandelnden Ärzte untereinander von der

---

[971] Zur Praxisübergabe BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737; NJW 1996, 773 (774); Staudinger/*Richardi/Fischinger*, BGB, Vorb. zu §§ 611 ff. Rdnr. 129, *Schlund*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 19 Rdnr. 13; *Roßnagel*, NJW 1989, 2303 ff.; *Kamp*, NJW 1992, 1545 ff.; zur Gebührenabtretung BGHZ 115, 123 = NJW 1991, 2955 (2956 f.); zuletzt BGH, NJW 2010, 2509 (2510); MünchKomm/*Armbrüster*, BGB, § 134 Rdnr. 54; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnrn. 32 ff., *Hirte*, in: Uhlenbruck, InsO, § 36 Rdnrn. 24 ff., je m.w.N. Zum Zusammenhang zwischen Datenschutz und Auslegung einer Patienteneinwilligung § 6 A II 2 a bb.

[972] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 634; vgl. näher *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnrn. 2 ff., m.w.N.

[973] *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 203 StGB Rdnr. 1, m.w.N.

[974] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 642; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. IX Rdnr. 18.

[975] BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737 (740); vgl. auch *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 12 Rdnr. 66.

[976] Im Einzelfall kommt auch eine mutmaßliche Einwilligung in Betracht, wenn es an einer ausdrücklichen oder konkludenten Einwilligung fehlt, vor allem im Notfall oder bei einem evident fehlenden Geheimhaltungsinteresse, hierzu näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 643, m.w.N.

Schweigepflicht insoweit befreit sind, als dass ein Einverständnis der Patientin oder des Patienten vorliegt oder anzunehmen ist. Die Gefahr bei der unreflektierten Annahme einer konkludenten Einwilligung liegt gewiss darin, dass diese Rechtsfigur dazu neigt, eine Erklärung zu unterstellen.[977] An diesem Punkt stellt sich daher die „*Gretchenfrage*", wann eine solche konkludente Einwilligung des Patienten angenommen werden kann.

Für die Beantwortung fällt dem verfassungsrechtlich abgesicherten Schutz der informationellen Patientenautonomie eine zentrale Rolle zu. In das Recht auf informationelle Selbstbestimmung wird eingegriffen, wenn Patientendaten an einen dritten, zur Behandlung hinzugezogenen oder die Behandlung übernehmenden Berufsgeheimnisträger weitergegeben werden. Regelmäßig wird aber als Rechtfertigung von einer konkludenten Einwilligung des Patienten in die Weitergabe der betreffenden Daten ausgegangen, falls sich die Behandlung durch mehrere Ärzte für den Patienten aus den Umständen ergibt (z.B. Behandlung im Krankenhaus, ärztliche Überweisung etc.).[978] Gleiches gilt für die sozialadäquate Weitergabe von Patientendaten an die nichtärztlichen Mitarbeiter.[979] Dieser Sichtweise ist im Grundsatz zuzustimmen, da ein Patient in der Regel ein Interesse daran hat, dass eine umfassende Behandlung stattfindet. Dies setzt eine entsprechende Informationsweitergabe voraus. Es gibt aber wichtige Ausnahmen: Gerade bei Erkrankungen, die der sozialen Geltung abträglich sind (z.B. Alkoholabusus, Geschlechtskrankheiten, psychische Erkrankungen, etc.), ruft die generelle Annahme einer konkludenten Einwilligung Zweifel hervor. Das dem arztrechtlichen System zugrunde liegende Prinzip der Patientenautonomie muss daher nicht nur formal, sondern – wie bereits im Rahmen der Eingriffsaufklärung aufgezeigt wurde – vor allem auch material gewährleistet werden. Dies hat auch das *BVerfG* erkannt und als wesentliches Kriterium für das Auslösen der staatlichen Schutzpflichten das Vorliegen eines asymmetrischen Vertragsverhältnisses ausfindig gemacht: Die vom jeweiligen Arzt angebotene Leistung ist für den Patienten zur Sicherung der eigenen, persönlichen Lebensverhältnisse von so erheblicher Bedeutung, dass die Alternative, zur Vermeidung einer zu weitgehenden Preisgabe persönlicher Informationen von einem Vertragsschluss ganz abzusehen, den Patienten regelmäßig unzumutbar ist.[980] Allgemein formuliert müssen hierbei wiederum die allgemeinen Kriterien des beweglichen Systems zur Anwendung gelangen: *Je höher der Rang des betroffenen Grundrechts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer*

---

[977] So auch der berechtigte Hinweis von *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 330. Das LG Kleve, NJW 1991, 756, etwa nahm unter dem pauschalen Verweis auf das „*Zeitalter der Arbeitsteilung*" eine konkludente Einwilligung des Patienten in die Weitergabe von Daten an die privatärztliche Verrechnungsstelle an.

[978] *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 203 StGB Rdnr. 34, m.w.N.

[979] Zu diesem Kriterium näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 644, m.w.N.

[980] So BVerfG, MedR 2007, 351 (352), zur Beschreibung des asymmetrischen Versicherungsvertragsverhältnisses.

die Möglichkeit seines Trägers zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Grundrechte und Interessen ist, desto eher ist eine verfassungsrechtliche Schutzpflicht zu bejahen.[981]

Auf diesem beweglichen System basierend muss im Einzelfall entschieden werden, ob der Schutz der informationellen Selbstbestimmung die (oftmals berechtigten) Offenbarungsinteressen der Gegenseite überlagert. Ein überwiegendes Offenbarungsinteresse wird dabei mit Grund für die Fälle angenommen, in denen überragende Interessen Dritter[982] oder aber auch des Patienten selbst[983] das Recht auf informationelle Selbstbestimmung zurückdrängen. Im Lichte der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung und des tiefgreifenden Eingriffs in dieses Recht im Falle einer nicht gestatteten Weitergabe von Patientendaten sind jedoch an die Annahme einer konkludenten Patienteneinwilligung restriktive Anforderungen zu stellen: „*Angesichts der großen Bedeutung, die das aus Art. 2 Abs. 1 GG sich ergebende Recht des einzelnen auf informationelle Selbstbestimmung und die daraus herzuleitende besondere Schutzbedürftigkeit personenbezogener Daten seitdem besonders in der Rechtsprechung des BVerfG gewonnen haben […] ist der Schutz der häufig über intime Einzelheiten Aufschluss gebenden ärztlichen Behandlungsunterlagen nicht mehr in ausreichendem Maße gewährleistet, wenn die Rechtfertigung ihrer Weitergabe allein aus der objektiven Interessenlage der Betroffenen hergeleitet wird und die Beurteilung dieser Interessenlage an die Stelle einer freien Entscheidung des Patienten tritt. Es obliegt grundsätzlich dem Arzt, die Zustimmung des Patienten zu einer solchen Weitergabe in eindeutiger und unmissverständlicher Weise einzuholen.*“[984]

Die Asymmetrie des Vertrags- und Vertrauensverhältnisses Arzt/Patient baut oftmals bei Patienten eine Hemmschwelle auf. Diese kann allein durch Vertrauen

---

[981] Vgl. § 3 A I 2 a.

[982] Als Schulbeispiel hierfür steht die Offenbarungspflicht des Arztes gegenüber dem Ehepartner bezüglich einer HIV-Infektion, näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 647; umstritten ist dabei die Frage, ob nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) sogar eine vertragliche Mitteilungs*pflicht* gegenüber dem Partner, der ebenfalls Patient des betreffenden Arztes ist, besteht. Dies wird man anhand der Rechtsprinzipien des beweglichen Systems nur bejahen können, da der Rechtsgüterschutz in diesen Fällen den Schutz der Patientenautonomie zum einen aufgrund der abstrakten Wertigkeit und zum anderen aufgrund der Eingriffsintensität überwiegt, so im Ergebnis auch OLG Frankfurt, NJW 2000, 875; *Spickhoff*, NJW 2000, 848 (848 f.); *Deutsch*, VersR 2001, 1471 (1474); anders aber *Bender*, VersR 2000, 322 (323).

[983] In jüngerer Zeit häufen sich etwa die Diskussionen über die Befreiung von der ärztlichen Schweigepflicht bei dem Verdacht von Kindesmisshandlungen, hierzu näher *D. Bender*, MedR 2002, 626 ff.; *Kargl*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 203 Rdnr. 65; zurückhaltend *Duttge,* ZRP 2009, 159. Zu der Schweigepflicht bei der Gefahr einer Selbstgefährdung OLG München, MedR 2010, 645 ff. Dabei sind an die Begrenzung des Selbstbestimmungsrechts durch die Gefahr der Selbstgefährdung restriktive Anforderungen zu stellen, da das Allgemeine Persönlichkeitsrecht grundsätzlich auch das Recht zur Selbstgefährdung umfasst, vgl. BVerwGE 89, 45 = NJW 1989, 2560.

[984] BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737 (739), für den Fall einer Praxisveräußerung.

überwunden werden.[985] Der Patient muss sich darauf verlassen können, dass der Arzt die eigenen Daten/Geheimnisse sensibel behandelt. Im Zweifelsfall gebietet es aufgrund des asymmetrischen Vertragsverhältnisses die staatliche Schutzpflicht, dass nicht der Patient die Wahrung der ärztlichen Schweigepflicht einzufordern hat; vielmehr muss der Arzt die Selbstbestimmung des Gegenübers wahren und achten. Gleichzeitig muss – insbesondere im Zeitalter der modernen, arbeitsteiligen Medizin – auch das Interesse der jeweiligen Einrichtung beachtet werden, eine möglichst effektive und damit auch kostensparende Behandlung zu gewährleisten. Dies nicht zuletzt deshalb, weil der zu betreibende Aufwand mittelbar auch jeden Patienten und die Leistungsfähigkeit des gesamten Gesundheitssystems insgesamt berührt.[986] Im Rahmen der staatlichen Schutzpflicht muss nun im Wege der praktischen Konkordanz ein schonender Ausgleich zwischen diesen widerstreitenden Rechtspositionen gefunden werden.[987] Dabei gilt für die Auslegung einer Patientenerklärung: „*Je gewichtiger der Eingriff und je wertvoller das betroffene Rechtsgut, desto eindeutiger muss die Einwilligungserklärung ausfallen*."[988]

D. Zusammenfassung

Das in diesem Kapitel entwickelte, arztrechtliche Grenzsystem hat sich als Produkt eines durch ethische Behandlungsmaximen und verfassungsrechtliche Schutzpflichten modifiziertes privatrechtliches System präsentiert. Methodisch im Wege der objektiv-teleologischen Auslegung herausgearbeitet, liegen den maßgeblichen arztrechtlichen Vorschriften die Rechtsprinzipien des verstärkten Rechtsgüterschutzes bzw. die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient auf der einen Seite und die Patientenautonomie auf der anderen Seite zugrunde. Beide Oberprinzipien lassen sich dabei oftmals nicht strikt voneinander abgrenzen, sondern ergänzen sich vielmehr gegenseitig. Die Rechtsprinzipien geben mit dem Arztrecht demjenigen Rechtsgebiet ein solides dogmatisches Fundament, das aufgrund seines hohen ethischen Gepräges Gefahr läuft, im Zuge einer reinen Billigkeitsjurisprudenz beliebig und damit rechtsunsicher zu werden.

[985] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 10 f., m.w.N.
[986] BVerfG, MedR 2007, 351 (353).
[987] Vgl. stellvertretend BVerfG, NJW 2004, 47 (48), m.w.N. Zu der Bedeutung der praktischen Konkordanz im Rahmen des beweglichen Systems nochmals § 2 B I 2.
[988] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 339.

Dritter Teil: Systematische Grenzen der arbeitsteiligen Medizin im Arztvertrags- und Arzthaftungsrecht – eine Darstellung anhand ausgewählter Problemkreise

§ 5 Die arztvertragsrechtliche Grenze

Anknüpfend an die vorausgegangenen Überlegungen wurde ein arztrechtsdogmatisches Fundament gelegt, das als Grundlage für die Beantwortung konkreter, ausgewählter Einzelfragen dienen kann. Eingangs sollen zunächst vertragsrechtliche (im Sinne von vergütungsrechtlichen) Grenzen systemimmanent determiniert werden. Dabei darf der dritte Teil dieser Arbeit nicht allein als Gebiet für systematische Schlussfolgerungen missverstanden werden; stattdessen soll das entwickelte System anhand konkreter Einzelfragen der arbeitsteiligen Medizin überprüft und zugleich fortgebildet werden. Dies entspricht zum einen dem bereits angesprochenen Wesen des hermeneutischen Zirkels, wonach ein Gedankengang nicht gleich einem mathematischen Beweis linear verläuft, sondern vielmehr einer stetigen Hinterfragung bedarf.[989] Zum zweiten ist das System nicht abgeschlossen, sondern offen für weitere Prinzipien.[990] In der Zukunft wird sich eben jene Of-

---

[989] *Larenz*, Methodenlehre, S. 207; ferner auch *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 17. Allgemein liegt ein wichtiger Unterschied zwischen Natur- und Geisteswissenschaften in der Wahl der wissenschaftlichen Methode, also Empirie auf der einen und Hermeneutik auf der anderen Seite. Vor diesem Hintergrund wird aus der Sicht „*wirklich oder vermeintlich origineller Autoren*" die Wissenschaftlichkeit der Jurisprudenz überhaupt diskutiert, vgl. *Bydlinski*, Methodenlehre, S. 76 ff.

[990] *Canaris*, Systemdenken, S. 70 f.; ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 207; *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 24, je m.w.N. Daher kann das voranstehende Grenzsystem auch nicht abschließend sein,

fenheit für die fortlaufende privatrechtsdogmatische Integration des Arztrechts als dienlich erweisen.

A. Vergütungsrechtliche Grundlagen

Die Arbeitsteilung im Rahmen des ärztlichen Gebührenrechts ist von hoher praktischer Bedeutung und ferner aufgrund der diffizilen Normenstruktur aus der arztrechtlichen Diskussion nicht mehr wegzudenken. Vornehmlich wird der ärztliche Vergütungsanspruch gegenüber einem stationären Wahlleistungs- bzw. Privatpatienten vor dem Hintergrund diskutiert, dass der gewählte, liquidationsberechtigte Arzt ärztliche Leistungen von Dritten vornehmen lässt.[991] Es stellt sich dann die Frage, unter welchen Umständen bzw. in welchem Umfang der liquidationsberechtigte Arzt zu einer persönlichen Leistungserbringung verpflichtet ist,[992] will er nicht seinen Vergütungsanspruch gegenüber dem Patienten verlieren. Die Beantwortung dieser Frage erweist sich aus mannigfaltigen Gründen als komplex; entscheidend für die juristische Schwierigkeit ist aber die fehlende privatrechtsdogmatische Aufarbeitung bzw. Systematisierung dieses Themenfeldes. Aufgrund dessen ist das Krankenhausvertragsrecht mit den unterschiedlichen Vertragsmöglichkeiten mittlerweile kaum noch privatrechtsdogmatisch begründbar.[993] Dies führt dazu, dass die Legitimität von Vergütungsansprüchen, die als Ergebnis einer arbeitsteiligen Leistungserbringung geltend gemacht werden, zunehmend in Zweifel gezogen wird. Im Anschluss an die privatrechtsdogmatische Analyse de lege lata (vgl. I) soll de lege ferenda ein krankenhausvertragliches Vergütungsmodell angedeutet werden, das nicht nur mit dem Privatrechtssystem konform geht, sondern darüber hinaus der praktischen Realität der arbeitsteiligen Medizin näher kommt (vgl. II.). Erst im Zusammenspiel mit diesem systemkonformen Vergütungsmodell erweist sich die im weiteren Verlauf darzustellende, systemimmanente gebührenrechtliche Grenze der arbeitsteiligen Medizin als geschlossen und damit vollständig. Daher sind die vergütungsrechtlichen Grundlagen anfangs vorangestellt.

---

sondern nur ein erstes Grundgerüst bilden, das in der Zukunft ggf. weiter angereichert werden muss.

[991] Die nachfolgenden Ausführungen konzentrieren sich daher auf die stationäre Krankenhausvergütung.

[992] Zu der Differenzierung zwischen höchstpersönlicher und persönlicher Leistungserbringung *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 4.

[993] Vgl. hierzu *Ballhausen*, MedR 2011, 733. Im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 21, wird darauf hingewiesen, dass auch in der Zukunft der „*die Behandlung Zusagende und der die Behandlung tatsächlich Durchführende personenverschieden*“ sein können. Dabei wird explizit auch auf die verschiedenen Formen der Krankenhausverträge verwiesen, hierzu nachfolgend § 5 A I 1.

I. Vergütung von ärztlichen Krankenhausleistungen

1. Terminologische Differenzierung

Im Gebührenrecht wird zunächst terminologisch zwischen dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag, dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag und dem gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag differenziert.[994] Da beim gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag die ärztliche Leistungs- und Haftungspflicht auf den liquidationsberechtigten Arzt übertragen wird,[995] stellt sich die Problematik der Vergütung von ärztlichen Krankenhausleistungen allein im Rahmen des totalen Krankenhausaufnahmevertrages bzw. des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag. Im ersten Fall wird der Krankenhausträger zu allen für die stationäre Behandlung erforderlichen Leistungen verpflichtet.[996] Der Kassen- oder auch Privatpatient tritt somit allein zu dem Krankenhausträger in vertragliche Beziehungen ein; die Schuld der ärztlichen Leistung konkretisiert sich nicht in einer Person. Insoweit erwachsen diesbezüglich keine vergütungsrechtlichen Besonderheiten. Anders ist dies gewiss beim Abschluss eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag. Dort erhält der Patient für die ärztlichen Leistungen zwei Schuldner: den Chefarzt bzw. die beteiligten Chefärzte und den Krankenhausträger.[997] Der zusammen mit dem Arztzusatzvertrag vereinbarte totale Krankenhausaufnahmevertrag differiert jedoch vom totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Kassenpatienten insoweit, als dass der Krankenhausträger neben den Wahlärzten gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG gesamtschuldnerisch die Wahlarztbehandlung schuldet, während er daneben noch die allgemeinen Krankenhausleistungen erbringt.[998] Es ist daher zumindest missverständlich terminologisch zwischen dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag und dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag zu unterscheiden. In beiden Konstellationen beinhaltet der totale Kran-

---

[994] Der ambulante Krankenhausvertrag ist hingegen an den ambulanten Behandlungsvertrag angelehnt. Unklarheiten darüber, ob der Patient nun vertragsärztliche Leistungen oder Krankenhausleistungen in Anspruch genommen hat, gehen dabei haftungsrechtlich grundsätzlich zu Lasten des Krankenhausträgers, hierzu näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 84, m.w.N.

[995] Vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 90; *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 106. Der gespaltene Krankenhausaufnahmevertrag ist vor diesem Hintergrund für den Patienten ungünstig, verliert er doch einen solventeren und leichter zu ermittelnden Haftungsschuldner, hierzu auch *Spickhoff*, VersR 1998, 1189 (1995); *Ballhausen*, MedR 2011, 733.

[996] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 11; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Kap. XI Rdnr. 10; *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rdnrn. 9 ff.; Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 21 je m.w.N. Zu dem Typus dieses Krankenhausvertrages Staudinger/*Emmerich*, BGB, Vorb. zu § 535 Rdnr. 51.

[997] Vgl. stellvertretend BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189 (2191); *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 15; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnrn. 11 f.

[998] Vgl. nur *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 19.

kenhausaufnahmevertrag einen unterschiedlichen Leistungsumfang; gleichwohl hat sich diese gleichlaufende Terminologie im Vergütungsrecht beheimatet.[999]

2. Systematik

a. Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag

Erst im Anschluss an diese terminologische Entflechtung wird die (unübersichtliche) Vergütungssystematik des Privatliquidationsrechts verständlich. Als maßgebliche Vergütungsvorschrift ist als Startpunkt § 17 KHEntgG zu berücksichtigen.[1000] § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG unterscheidet zwischen den allgemeinen Krankenhausleistungen gemäß § 2 Abs. 2 KHEntgG und den Wahlleistungen. Letztere sind immer Zusatzleistungen, also solche Leistungen, die über die allgemeinen Krankenhausleistungen hinausgehen.[1001] Während die allgemeinen Krankenhausleistungen gemäß § 7 KHEntgG über sogenannte Fallpauschalen vergütet werden, erfolgt bei den Wahlleistungen nach § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG eine gesonderte Berechnung. Die Wahlleistungen gehören gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 Hs. 2 KHEntgG gleichwohl zu den Krankenhausleistungen im Sinne von § 1 Abs. 1 KHEntgG. Diese (ärztliche) Wahlleistung wird demnach – basierend auf einer Wahlleistungsvereinbarung gemäß § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG mit dem Patienten – vom Krankenhausträger geschuldet. Die Wahlleistungsvereinbarung erstreckt sich gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG grundsätzlich auf alle an der Behandlung beteiligten

---

[999] Deshalb erscheint es vorzugswürdig, von der Terminologie des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag Abstand zu nehmen. Weniger missverständlich ist insoweit der Begriff des „*kumulierten Wahlbehandlungsvertrags*“, da durch diese Terminologie zum Ausdruck gebracht wird, dass Wahlarzt und Krankenhausträger die Wahlarztbehandlung gesamtschuldnerisch schulden, so auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 19, m.w.N. Ist allein der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Wahlpatienten gemeint, bietet sich der Begriff des „*einheitlichen Wahlbehandlungsvertrages*“ an, vgl. wiederum *dies.*, AGB-Kontrolle, S. 20, m.w.N. Dadurch wird hervorgehoben, dass auch der Krankenhausträger Schuldner der wahlärztlichen Leistung ist. Gleichwohl soll nachfolgend vom totalen Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag die Rede sein, da diese Begrifflichkeit noch überwiegend verbreitet ist.

[1000] Zu dem Hintergrund dieser Vorschrift als Nachfolge des § 22 BPflV näher *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 1; ferner *Patt*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 17 KHEntgG Rdnrn. 1 f.

[1001] Die Abgrenzung zwischen allgemeinen Krankenhausleistungen und Wahlleistungen erfolgt jeweils über eine Einzelfallbetrachtung, vgl. wiederum *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG, Rdnr. 1; ferner hierzu *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rdnr. 125.

angestellten oder beamteten Ärzte des Krankenhauses (Wahlarzt- oder Liquidationskette).[1002]

Beim Arztzusatzvertrag hingegen ist nicht etwa der Krankenhausträger, sondern der einzelne liquidationsberechtigte (Chef-) Arzt der Leistungsschuldner. Der Inhalt des Arztzusatzvertrags ist dabei lediglich ein einzelnes Äquivalent zu der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger, mithin ein *minus*: Während die Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger mehrere unterschiedliche Wahlleistungen, etwa *Unterkunft*, *Begleitperson* oder *Arzt*, beinhaltet, umfasst der Arztzusatzvertrag allein letztere: die Wahlleistung *Arzt*. So möchte der Patient mit seinem Antrag auf Gewährung von Wahlleistungen die besondere ärztliche Leistung „*hinzukaufen*", nicht jedoch den Krankenhausträger aus der Verpflichtung entlassen, ihm diese ärztliche Wahlleistung weiterhin in gleicher Weise zu schulden.[1003] Kurzum: Es entspringt aus der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger und dem Arztzusatzvertrag mit dem liquidationsberechtigten Arzt eine Doppelverpflichtung bezüglich der Wahlleistung *Arzt*.[1004] Der Arztzusatzvertrag ist demnach kein *aliud*, sondern vielmehr eine absichernde Ergänzung zu dem totalen Krankenhausaufnahmevertrag.[1005] Beide Vereinbarungen stehen allerdings „*abstrakt voneinander*".[1006] Daher ist es zumindest schief, wenn der *BGH* in einer aktuellen Entscheidung von einem Arzt spricht, „*der gegenüber einem Patienten aus einer Wahlleistungsvereinbarung verpflichtet ist*".[1007] Aus der Wahlleistungsvereinbarung wird als Vertragsschuldner allein der Krankenhausträger (unmittelbar) verpflichtet.

[1002] *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 11; *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 82 Rdnrn. 139 ff.; es gilt daher der Grundsatz „*Einmal Privatpatient, immer Privatpatient*", vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 87.

[1003] BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189 (2190); BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779 (780); BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779); NJW-RR 2006, 811 (812); LG Nürnberg-Fürth, MedR 2011, 733 (734 f.); *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (59); *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rdnr. 14.

[1004] Vgl. nur BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 90; *Kutlu*, in: Spickhoff, § 17 KHEntgG Rdnr. 12; *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 89 Rdnr. 15. Auch wenn der Krankenhausträger und der liquidierende Arzt nach § 428 BGB als Gesamtgläubiger berechtigt sind, die Leistung zu liquidieren, wird das Honorar gleichwohl nur einmal fällig, vgl. *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (59), m.w.N.

[1005] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1780); vgl. erneut *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (59).

[1006] *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 94. Dies wurde zuletzt in LG Nürnberg-Fürth, MedR 2011, 733 ff., für den gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag deutlich. Es ging um die Problematik, welcher vertragliche Haftungsschuldner dem Privatpatienten für den Fall verbleibt, dass die Wahlleistungsvereinbarung unwirksam ist. Nach § 139 BGB führt die Unwirksamkeit der Wahlleistungsvereinbarung eigentlich auch zu der Unwirksamkeit des abgespaltenen Arztzusatzvertrages. Es soll jedoch bei der vertraglichen Haftung des Arztes für den Fall verbleiben, dass bereits der Leistungsaustauch im Vertrauen auf die Wirksamkeit der Vereinbarungen erfolgt ist.

[1007] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

Ungeachtet der abstrakten Trennung von Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag ist die Verknüpfung des rechtlichen Schicksals des Arztzusatzvertrages mit dem der Wahlleistungsvereinbarung durch die Bestimmungen des Krankenhausentgeltgesetzes (früher der Bundespflegesatzverordnung) positivrechtlich vorgegeben.[1008] Sämtliche ärztliche Leistungen sind nach § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG i.V.m. § 1 Abs. 1 KHEntgG grundsätzlich Krankenhausleistungen, unabhängig davon, ob sie auf Veranlassung bzw. Mitwirkung des Krankenhausträgers erbracht wurden oder ob sie auch eine Leistung des (liquidationsberechtigten) Arztes darstellen.[1009] Vom Anwendungsbereich des KHEntgG sind damit im Ausgangspunkt Krankenhausleistungen und nicht die Leistungen des liquidationsberechtigten Arztes erfasst. § 17 KHEntgG geht zwar insbesondere in Abs. 3 S. 2-5 von der Existenz eines Arztzusatzvertrages aus; diese Regelungen betreffen aber allein den Abrechnungsweg – das „*Wie*".[1010] Das Liquidationsrecht des berechtigten Arztes an sich – das „*Ob*" – richtet sich jedoch nicht nach dem KHEntgG, sondern nach der GOÄ.[1011] Diese findet auf den Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers aus der Wahlleistungsvereinbarung nach § 1 Abs. 1 Hs. 2 GOÄ grundsätzlich keine Anwendung; freilich ordnet § 17 Abs. 3 S. 7 KHEntgG eine entsprechende Anwendung an. Es wird also deutlich: Für das Verständnis der Systematik des Privatliquidationsrechts ist es entscheidend, die Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger von dem Arztzusatzvertrag mit dem liquidationsberechtigten Arzt auseinanderzuhalten.[1012]

b. Schriftformerfordernis

Dies wurde – trotz beschriebener, eigener Ungenauigkeiten – vom *BGH*[1013] anhand der Frage herausgestellt, ob auch die Artzusatzvereinbarung dem Schriftformgebot des § 17 Abs. 2 S. 1 KHEntgG unterliegt. Zur Einhaltung dieses Erfordernisses müssen grundsätzlich alle von der Wahlleistung erfassten Erklärungen in derselben Urkunde niedergelegt und von den beiden Parteien unterzeichnet werden.[1014] Dabei ist in der Rechtsprechung und Literatur lange umstritten gewesen, welche Anforderungen an die Unterrichtungspflicht bezüglich der Entgelte zu stellen sind.[1015] Der *III. Zivilsenat* hat in überzeugender Weise klargestellt, dass der Patient nicht vor Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung mithilfe eines Kosten-

[1008] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1780).
[1009] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1780).
[1010] Vgl. nur *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 17.
[1011] Vgl. *Rehborn*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht, § 12 Rdnr. 111.
[1012] Vgl. auch den berechtigten Hinweis von *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 94.
[1013] BGHZ 157, 87 = NJW 2004, 684.
[1014] OLG Hamm, NJW 2000, 3437 (3438); *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 6.
[1015] Vgl. dazu die übersichtliche Darstellung in BGHZ 157, 87 = NJW 2004, 684 ff.

voranschlags über die voraussichtliche Höhe der entstehenden Kosten unterrichtet werden muss.[1016] Dies hätte einen immensen organisatorischen Mehraufwand für den Krankenhausträger zur Folge bzw. würde vom betreffenden Krankenhaus etwas Unmögliches abverlangen, sind doch die zu erwartenden Kosten regelmäßig im Vorfeld kaum zu überblicken.[1017] Ungenügend für das Schriftformerfordernis ist jedoch auf der anderen Seite der bloße Verweis auf die GOÄ, da über die Entgelte *im Einzelnen* zu unterrichten ist.[1018] Der *BGH* musste einen ausgewogenen Kompromiss zwischen der Rechtssicherheit bzw. dem Organisationsaufwand des Krankenhauses und dem Informationsbedürfnis des Patienten finden.[1019]

Anders liegen die Wirksamkeitserfordernisse und Rechtsfolgen beim Arztzusatzvertrag. Dort gilt das Schriftformerfordernis grundsätzlich nicht; dennoch gilt es zu beachten, dass ein Vergütungsanspruch nur dann auf einen Arztzusatzvertrag gestützt werden kann, wenn auch die Wahlleistungsvereinbarung Wirksamkeit entfaltet. Denn nach der Rechtsprechung des *BGH* wirkt sich die Nichtigkeit der Wahlleistungsvereinbarung nach § 139 BGB auf den Arztzusatzvertrag aus.[1020] Die Wahlleistungsvereinbarung und der Arztzusatzvertrag sind damit eng miteinander verflochten ohne dabei – dies zeigt das Schriftformerfordernis – ihre vergütungsdogmatisch autonome Bedeutung zu verlieren.

c. Bereicherungsrechtlicher Leistungsbegriff

Die erforderliche systematische Trennung zwischen Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag wird oftmals dadurch erschwert, dass regelmäßig unklar ist, als wessen Leistung sich die Behandlung in concreto darstellt. So macht der Krankenhausträger beim Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung vielfach nicht oder nur unzureichend deutlich, gleichzeitig auch in Vertretung des liquidationsberechtigten Arztes zu handeln.[1021] Mit dem Offenheitsgrundsatz wird damit ein zentra-

---

[1016] BGHZ 157, 87 = NJW 2004, 684 (684 f.).

[1017] BGHZ 157, 87 = NJW 2004, 684 (685). Abgelehnt wurde in diesem Zusammenhang mit Recht die Ansicht des OLG Jena, VersR 2002, 1501, welches entgegen dem Prinzip der Wahlarztkette vorgeschlagen hatte, dass der Patient parallel zu der Aufklärung über die vorzunehmenden Therapieschritte eine entsprechende wirtschaftliche Aufklärung erhalten muss.

[1018] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 87.

[1019] Zu dem Umfang der Unterrichtungspflicht im Einzelnen BGHZ 157, 87 = NJW 2004, 684 (686).

[1020] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1780); für den gespaltenen Klinikvertrag jüngst LG Nürnberg-Fürth, MedR 2011, 733.

[1021] Vgl. *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 94, m.w.N. Im Referentenentwurf zum Patientenrechtegesetz, S. 21, wird allein darauf verwiesen, dass es weiterhin eine Frage des Einzelfalls sei, ob der Arztzusatzvertrag im Wege des Vertretergeschäfts unmittelbar Gegenstand der Wahlleistungsvereinbarung werde oder ob es hierfür einer weiteren Abrede zwischen Patient und liquidationsberechtigten Arzt bedürfe. Zu der Frage, inwieweit der Wahlarzt bzw. der Privatpatient überhaupt

les Prinzip des Stellvertretungsrechts außer Acht gelassen.[1022] Diese unklare und daher fehlerhafte Stellvertretung führt insbesondere in den Dreipersonenkonstellationen des Bereicherungsrechts zu Abwicklungsproblemen.[1023] So stellt sich dort etwa im Bereich des Geheißerwerbs die Problematik, dass der Zuwendende und der Empfänger die Tilgungsbestimmung jeweils auf ein anderes Kausalverhältnis beziehen. Nach der ständigen Rechtsprechung des *BGH* und der mehrheitlichen Literaturauffassung ist in diesen Fällen jeweils auf die Sicht eines objektiven Empfängers in der konkreten Person des Leistungsempfängers abzustellen.[1024] Beim Krankenhausvertrag ist in diesem Lichte darauf zu rekurrieren, als wessen Leistung sich die Behandlung nach §§ 133, 157 BGB für den Patienten darstellt.[1025] Letztlich hängt es immer vom Einzelfall, der Ausgestaltung der Wahlleistungsvereinbarung, ab, ob der Patient nach §§ 133, 157 BGB von der Leistung eines Krankenhausträgers, eines einzelnen Arztes oder beider ausgeht.[1026] Entscheidend ist hierbei: Das Gebührenrecht differenziert, wie geschildert, zwischen der Wahlleistungsvereinbarung und dem Arztzusatzvertrag. Geht der Patient nun davon aus, allein eine vertragliche Vereinbarung mit dem Krankenhausträger eingegangen zu sein, schuldet er allein diesem Vergütung, auch wenn der Wahlarzt davon ausgeht, eine eigene Leistungspflicht zu erfüllen.[1027] Wird nicht hinreichend bei Vertragsschluss deutlich, dass der Krankenhausträger auch in Vertretung des liquidationsberechtigten Arztes handelt, liegt aus maßgeblicher Patientensicht grundsätzlich allein eine Leistung des Krankenhausträgers vor. Den Patienten trifft damit schon

---

ein Erklärungsbewusstsein bzw. einen Rechtsbindungswillen bezüglich des Abschlusses eines Arztzusatzvertrages hat OLG Stuttgart, VersR 1991, 1141 (1143).

[1022] Näher zum Offenheitsprinzip Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 164 Rdnrn. 1 ff.; Staudinger/*Schilken*, BGB, § 164 Rdnr. 1; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 46 Rdnrn. 19 ff. Da der Patient ein schützenswertes Interesse an der Identität des Vertretenen hat, liegt auch keine anerkannte Einschränkung des Offenheitsprinzips, insbesondere kein Geschäft für den, den es angeht, vor, hierzu näher wiederum *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 46 Rdnrn. 37 ff.

[1023] Diesbezüglich etwa BGHZ 36, 30 = NJW 1962, 101; BGHZ 40, 272 = NJW 1964, 399; *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnrn. 687 ff.; *Kamionka*, JuS 1992, 845 ff.; *S. Lorenz*, JuS 2003, 729 ff.; 839 ff., je m.w.N.

[1024] Vgl. nur BGH, NJW 1974, 1132; BGHZ 162, 157 = NJW 2005, 1356 (1357); *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 220; *Wendehorst*, in: Bamberger/Roth, § 812 BGB Rdnr. 49, m.w.N.; auf den Willen des Leistenden stellt hingegen etwa *Flume*, JZ 1962, 281, ab. Näher hierzu im Überblick *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht, Rdnrn. 687 ff., *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 218 ff., je m.w.N.

[1025] So auch *Diederichsen*, Vergütung ärztlicher Leistungen, S. 42.

[1026] Vgl. wiederum *Diederichsen*, Vergütung ärztlicher Leistungen, S. 40. Klargestellt sei, dass sich die erörterte Problematik nicht stellt, wenn eindeutig auf den Vertragsschluss mit dem Wahlarzt im Rahmen der Wahlleistungsvereinbarung hingewiesen wird.

[1027] Liegt daher mangels wirksamer Stellvertretung kein wirksamer Arztzusatzvertrag vor, kann der Wahlarzt die Vergütung mangels Leistung auch nicht über § 812 I 1 Alt. 1 BGB vom Patienten verlangen. Ansprüche des Arztes aus der Nichtleistungskondiktion scheitern dann am Vorrang der Leistungsbeziehung Krankenhausträger-Patient; krit. zu dieser Terminologie Staudinger/*S. Lorenz*, BGB, § 812 Rdnr. 64.

aus diesen privatrechtsdogmatischen Erwägungen heraus keine Vergütungspflicht gegenüber dem Wahlarzt. Der Rechtsunsicherheit ist Tür und Tor geöffnet.

II. Der Arztzusatzvertrag als liquidationsrechtliche Konstruktion

1. Die wahlärztliche Leistung als nichtselbstständige Tätigkeit

Diese Ausführungen zum Leistungsbegriff leiten über zu den beiden entscheidenden Fragen innerhalb der privatrechtsdogmatischen Integration des ärztlichen Gebührenrechts: Inwieweit ist zum einen überhaupt die liquidationsrechtliche Konstruktion des Arztzusatzvertrages mit dem privatrechtlichen System vereinbar und zum zweiten mit einem gegenüber der Wahlleistungsvereinbarung eigenem, weil *zusätzlichen* Leistungsinhalt verbunden? Anhand des arztrechtlichen Systems können und sollen bestehende Systembrüche offenbart werden.[1028] Für die Beantwortung erweist sich eingangs die nähere Betrachtung einer Problematik als hilfreich, die sich in erster Linie im Sozial- und Steuerrecht stellt: Die Rede ist von der wahlärztlichen Leistung als Ergebnis einer selbstständigen oder nichtselbstständigen Tätigkeit. So wird im Sozialrecht die Frage aufgeworfen, inwiefern eine innerhalb eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübte selbstständige Tätigkeit ein sozialversicherungspflichtiges Arbeitsentgelt ist. Im Steuerrecht findet sich eine ähnliche Fragestellung auf dem Problemfeld wieder, ob der Arbeitgeber auch für die wahlärztlichen Leistungen eine Lohnsteuer einbehalten muss. Dies wäre allein dann der Fall, wenn es sich bei der wahlärztlichen Leistung um eine nichtselbständige Tätigkeit gemäß § 19 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 EStG handelte. Für beide Problemkreise ist es demnach von beträchtlicher Relevanz, ob der liquidationsberechtigte Arzt eine selbstständige Tätigkeit ausübt. Nun kann diese Streitfrage auch für das im vorliegenden Rahmen näher beleuchtete Privatliquidationsrecht fruchtbar gemacht werden: Erachtete man in dem vom Krankenhausträger eingeräumten Liquidationsrecht einen Teil der Arbeitsvergütung, würde diese Annahme Zweifel am vorherrschenden privatliquidationsrechtlichen Leitbild des totalen Krankenhausaufnahmevertrages mit Arztzusatzvertrag sähen. Stellte die wahlärztliche Behandlung bereits eine arbeitsvertragliche Leistungspflicht dar, müsste sich der Patient aufgrund des dann bestehenden Weisungsrechts nicht eine Leistung „*hinzukaufen*“, die der Krankenhausträger ohnehin schon schuldet. Der Arztzusatzvertrag wäre als bloße Konstruktion ohne gewinnbringenden Leistungsinhalt entlarvt.

Der *BFH* hat in einer grundlegenden Entscheidung aus dem Jahr 2005 zunächst festgehalten, dass ein Chefarzt wahlärztliche Leistungen selbstständig oder

---

[1028] Vgl. zu dieser Funktion des juristischen Systems *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 2 f.

unselbstständig erbringen kann.[1029] Die Abgrenzung erfolgt dabei nach dem Gesamtbild der Verhältnisse, insbesondere danach, ob wahlärztliche Leistungen innerhalb oder außerhalb des Arbeitsverhältnisses erbracht werden.[1030] Prima vista erscheint es dabei aufgrund der herausragenden Position des leitenden Krankenhausarztes als zweifelhaft, diesen als Arbeitnehmer zu qualifizieren. So versteht man unter einem Arbeitnehmer denjenigen, der basierend auf einem privatrechtlichen Vertrag im Dienste eines anderen zur fremdbestimmten Arbeit in persönlicher Abhängigkeit verpflichtet ist.[1031] Das Vorliegen einer fremdbestimmten Arbeit könnte vor dem berufsrechtlichen Hintergrund des Arztberufs als freien Beruf, § 1 Abs. 2 BÄO, und der damit einhergehenden Weisungsfreiheit gegenüber Nichtärzten gemäß § 2 Abs. 4 MBO als fraglich erscheinen. Allerdings geht § 23 MBO gleichzeitig von der Möglichkeit einer fremdbestimmten ärztlichen Tätigkeit im Rahmen eines Beschäftigungsverhältnisses aus.[1032] Ferner ist eine Heteronomie des leitenden Krankenhausarztes im Lichte des umfassenden Weisungsrechts des Krankenhausträgers in nichtärztlichen Angelegenheiten gegenständlich. So können etwa die Zusammenarbeit zwischen ärztlichem und nichtärztlichem Personal, die Erstellung von Urlaubs- und Vertretungsplänen oder auch die Inanspruchnahme von Laboreinrichtungen hierarchisch vorgegeben werden. Der Krankenhausträger nimmt demnach – dies kann als Zwischenbilanz notiert werden – einen umfassenden Einfluss auf die Tätigkeit des Chefarztes.[1033] Gleichwohl ließe sich dagegen ins Argumentationsfeld führen, dass der Chefarzt mit dem vom Krankenhausträger eingeräumten Liquidationsrecht ein Stück der ursprünglichen Freiheit zurückerhält. Dies ist jedoch nicht der Fall. Das Liquidationsrecht ist nach der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung ein (variabler) Bestandteil der arbeitsvertraglichen Vergütung.[1034] Es ergibt sich nicht etwa als Ausfluss der Freiheit des Arztberufs, sondern aus heteronomen Umständen.

[1029] BFH, NZA-RR 2006, 368, m.w.N.; bestätigt durch BFH, BeckRS 2009, 25015559; näher zu der steuerrechtlichen Einordnung der Liquidationseinnahmen von Chefärzten *Reifig*, KH 2006, 226; *Hagen/Luche*, MedR 2006, 715 ff., m.w.N.

[1030] BFH, NZA-RR 2006, 368; jüngst auch FG Münster, Urt. v. 07.06.2011 - 1 K 3800/09 L, Juris, Rdnr. 32; *Hagen/Luche*, MedR 2006, 715 (716 f.).

[1031] Stellvertretend BAGE 80, 256 = NZA 1996, 33 (34); im (krit.) Überblick ferner *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 16 Rdnrn 12 ff., je m.w.N.

[1032] Hierzu näher *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 23 MBO Rdnr. 1. Zunehmend arbeiten die angestellten Ärzte nicht nur in Krankenhäusern, sondern auch in gesellschaftsrechtlich organisierten ambulanten Arztpraxen, hierzu *Ratzel*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 705 BGB Rdnrn. 1 ff., m.w.N.

[1033] FG Münster, Urt. v. 07.06.2011 - 1 K 3800/09 L, Juris, Rdnrn. 72 ff.; *Wern*, Arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes, S. 10 f., m.w.N.

[1034] BGHZ 7, 1 (13) = BeckRS 1952, 30397717; NJW 1998, 2745 (2746); BAGE 11, 225 = NJW 1961, 2085 (2086); BSGE 32, 38 = NJW 1971, 1103; so zuletzt auch FG Münster, Urt. v. 07.06.2011 - 1 K 3800/09 L, Juris, Rdnrn. 66 ff.; ferner aus dem Schrifttum *Lelley/Sabin*, MedR 2004, 359 (360); *Richardi*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, § 339 Rdnr. 36; *v. Har-*

Der *BFH* stellt bei seiner Einordnung der chefärztlichen Tätigkeit ferner auf die Existenz eines eigenen Unternehmerrisikos ab.[1035] Entscheidend ist hierbei vor allem die Möglichkeit des leitenden Krankenhausarztes, den Umfang der wahlärztlichen Leistung selbst zu bestimmen.[1036] Aber auch eine solche Möglichkeit wird dem leitenden Arzt verwehrt: Wie der Begriff Arzt*zusatz*vertrag schon zum Ausdruck bringt, kann dieser Vertrag nur *zuzüglich* zum bestehenden Krankenhausvertrag geschlossen werden.[1037] Der Abschluss des Arztzusatzvertrages hängt damit vom Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung Krankenhausträger/Patient ab.[1038] Wie schon die Ausführungen zum Schriftformerfordernis gezeigt haben, stehen Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag daher in einem *akzessorischen Verhältnis* zueinander.[1039] Da die wahlärztliche Behandlung überdies ein Bestandteil der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht darstellt, kann der Wahlarzt nicht über den Umfang der wahlärztlichen Leistungen disponieren.[1040] Zudem ist basierend auf der im Regelfall bestehenden Krankenversicherung des Patienten das Risiko eines Forderungsausfalls grundsätzlich nicht gegeben.[1041] Es kann abschließend bilanziert werden: Das unternehmerische Risiko ist bei der wahlärztlichen Behandlung im Regelfall verschwindend gering. Entscheidend für die Frage nach der selbstständigen oder nichtselbstständigen wahlärztlichen Leistung ist nicht die vertragliche Gestaltung der wahlärztlichen Behandlung; vielmehr ist die Erbringung der Behandlung als arbeitsvertragliche Leistung ausschlaggebend.[1042] Die ärztliche Leistung, die im Rahmen eines Arztzusatzvertrages erbracht wird, ist der Bestandteil einer nichtselbstständigen Tätigkeit. Prägnant hat diese conclusio das *Finanzgericht Münster* wie folgt beschrieben: „*Selbst wenn man davon ausginge, dass hier durch den Zusatzvertrag […] besondere Dienstleistungen in Rechnung gestellt würden […] fußen alle diese Dienstleistungen in erster Linie und in prägender Weise auf dem […] Arbeitsverhältnis.*“[1043]

---

bou/Scharpf, NZA 2008, 333 (334); *Wern*, Arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes, S. 12, m.w.N.

[1035] BFH, NZA-RR 2006, 368 (369); ferner FG Münster, Urt. v. 07.06.2011 - 1 K 3800/09 L, Juris, Rdnrn. 79 ff.

[1036] BFH, NZA-RR 2006, 368 (369).

[1037] *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 12.

[1038] Dabei ist der Bestand des Krankenhausvertrages vice versa nicht von der Wirksamkeit des Arztzusatzvertrages abhängig, vgl. *Patt*, in: Uleer/Miebach/*Patt*, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, A Rdnr. 28.

[1039] *Kuhla*, NJW 2000, 841 (846).

[1040] BFH, NZA-RR 2006, 368 (369).

[1041] BFH, NZA-RR 2006, 368 (369); krit. zu diesem Argument FG München, Urt. v. 24.04.2008 - 15 K 1124/08, Juris, Rdnr. 35.

[1042] FG München, Urt. v. 24.04.2008 - Az.: 15 K 1124/08, Juris, Rdnr. 32.

[1043] FG Münster, Urt. v. 07.06.2011 - 1 K 3800/09 L, Juris, Rdnr. 71.

2. *Der Arztzusatzvertrag als richterrechtlicher Paternalismus*

a. Ausnahme vom privatrechtlichen Relativitätsprinzip

Nach der beschriebenen Rechtsprechung des *BGH* und des *BFH* bzw. der übrigen Finanzgerichte ist die wahlärztliche Behandlung ein Bestandteil der arbeitsvertraglichen Leistungspflicht; der Rechtsgrund der wahlärztlichen Vergütung liegt im Arbeitsvertrag.[1044] Daher erscheint es bedenklich, wenn für die Begründung des Arztzusatzvertrages auf die Erlangung eines originären Liquidationsrechts des Arztes hingewiesen wird.[1045] Es wohnt den Ausführungen des *BGH* eine Diskrepanz inne, wenn er den Sinn und Zweck des Arztzusatzvertrages darin erblickt, dass der liquidationsberechtigte Arzt auch aus originär eigenem Recht einen Vergütungsanspruch gegen den Patienten geltend machen kann.[1046] Wie schon in dieser Arbeit dargelegt wurde,[1047] kann eine Leistungspflicht nicht in zwei verschiedenen Schuldverhältnissen synallagmatische Wirkungen entfalten. Ohnehin wird ein Vertrag grundsätzlich frei von gesetzlichen bzw. richterrechtlichen Vorgaben geschlossen, mithin allein durch privatautonomes Handeln. Im Rahmen der verfassungsrechtlich garantierten Vertragsfreiheit obliegt es den einzelnen Privatrechtssubjekten einen Vertrag entweder zu schließen oder eben negativ auch nicht zu schließen. Dies folgt schon aus dem privatrechtlichen Relativitätsprinzip. Nun wurde bereits angedeutet,[1048] dass der Arztzusatzvertrag eine begründungsbedürftige Ausnahme von diesem Rechtsprinzip darstellt. Der *BGH* bedient sich für die Konstruktion des Arztzusatzvertrages einer Auslegungsform, die auf die heteronome Korrektur eines privatautonomen Vertragsschlusses ausgelegt ist: der ergänzenden bzw. interessengerechten Auslegung. Sie ist im Lichte der Vertragsfreiheit problematisch, weil sie nicht nur zu einer Vertragsergänzung oder einer Vertragskorrektur führen kann;[1049] unter Umständen – dies beweist der Artzusatzvertrag – kann diese Auslegung auch vertragsbegründend wirken. Der auslegende Richter ist jedoch nicht befugt, über die interessengerechte Auslegung ein *gerechtes Ergebnis* im Namen eines hypothetischen Parteiwillens herbeizuführen.[1050] Die mit der Privatautonomie verbundene Selbstverantwortung heißt auch, etwas objektiv Unvernünftiges oder Unvollkommenes regeln zu können. Eine gerichtliche Auslegung,

---

[1044] *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 101, m.w.N.

[1045] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779); *Diederichsen*, Vergütung ärztlicher Leistungen, S. 87; *Kuhla*, NJW 2000, 841.

[1046] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779).

[1047] § 4 B I 3 b cc.

[1048] § 3 A II.

[1049] Hierzu näher *Larenz*, Methodenlehre, S. 300 f.; *ders./Wolf*, Allgemeiner Teil, § 28 Rdnrn. 43 f.; § 33 Rdnrn. 9 ff.; *Neuner*, in: FS Canaris, S. 901 ff.; *Wiedemann*, in: FS Canaris, S. 1281 ff., je m.w.N.; rechtsvergleichend ferner *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht, S. 42, ebenfalls m.w.N.

[1050] Vgl. auch BGHZ 161, 91 = NJW 2005, 359 (361); *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 317; *Kling*, Sprachrisiken, S. 377, m.w.N.

die dies außer Acht lässt, handelt im Namen des Rechtspaternalismus. Diese Grenze zwischen zulässiger, ja notwendiger ergänzender bzw. interessengerechter Auslegung und unzulässiger, weil die Autonomie des Einzelnen zu stark einschränkender Auslegung muss für den Einzelfall ermittelt werden. Als dogmatisch zuverlässiges Hilfsmittel bietet sich hierbei das Übermaßverbot, der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz an.[1051] Die ergänzende bzw. interessengrechte Vertragsauslegung als heteronomes, weil richterrechtliches Element unterliegt dabei gemäß Art. 1 Abs. 3 GG der vollen Grundrechtsbindung.[1052] Es gilt als zu konkretisierender Ausgangspunkt: „s*o viel Autonomie wie möglich, so viel Heteronomie wie nötig*“.[1053] Die interessengerechte Auslegung und der dadurch hervorgerufene Artzusatzvertrag ist damit nur insoweit mit dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz vereinbar, wie nicht eine unverhältnismäßige Belastung für eine Vertragspartei einhergeht.[1054] Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz ist dabei im Ergebnis eine Ausprägung des beweglichen privatrechtlichen bzw. arztrechtlichen Grenzsystems.[1055] In diesem Zusammenhang muss in Erinnerung gerufen werden, dass beim Abschluss des Arztzusatzvertrages oftmals kein Handeln im Namen des Vertretenen (Wahlarztes) erfolgt. Gleichwohl dient auch das Offenheitsprinzip des Stellvertretungsrechts dem Schutz der (negativen) Vertragsfreiheit,[1056] sodass auch dieses Grenzprinzip entscheidend zu beachten ist. Vor diesem privatrechtsdogmatischen Hintergrund bedarf es einer eingehenden Prüfung, ob der Arztzusatzvertrag diesen Anforderungen gerecht wird.

b. Rechtfertigung

Laut *BGH* ist im Lichte der beiderseitigen Interessenslage der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit Arztzusatzvertrag der Regelfall bei der Inanspruchnahme ärztlicher Wahlleistungen.[1057] Der Patient, der ärztliche Wahlleistungen in An-

[1051] Vgl. nur BVerfGE 60, 329 = NJW 1982, 2365 (2366), bezüglich der Genehmigungspflicht durch das Familiengericht bei privatautonomen Abreden; ferner *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (354); *Riesenhuber*, System und Prinzipien, S. 242; *Manssen*, Privatrechtsgestaltung, S. 153; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 100; ferner *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht, S. 70, bezüglich des „*sozialen Mietrechts*“; näher zu der „*Sozialpflichtigkeit der Privatautonomie*“ *Canaris*, Grundrechte und Privatrecht, S. 60 f.

[1052] *Canaris,* AcP 184 (1984), 201 (216).

[1053] So *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (355), zu der Antinomie von Autonomie und Heteronomie im Alter.

[1054] *Canaris*, AcP 184 (1984), 201 (216).

[1055] Vgl. auch *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 231; *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, S. 349; *Timmann*, Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, S. 137; Möstl, Staatliche Garantie, S. 237.

[1056] Stellvertretend *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 46 Rdnr. 19; *S. Lorenz*, JuS 2010, 382.

[1057] BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189 (2190); BGHZ 121, 107 = NJW 1993, 779; BGHZ 138, 91 = 1998, 1778 (1779); NJW-RR 2006, 811 (812); BGHZ 172, 190 = NJW-RR 2007, 1122; zu dieser Vertragsform näher *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 611 BGB Rdnr. 15, m.w.N.

spruch nehme, habe regelmäßig das Interesse, die persönliche Zuwendung und die besondere fachliche Qualifikation und Erfahrung des liquidationsberechtigten Arztes hinzuzukaufen.[1058] Gleichwohl möchte er den Krankenhausträger nicht aus der Pflicht entlassen, ihm ebenfalls die ärztliche Leistung zu schulden.[1059] Zudem hafteten in diesem Fall sowohl der Krankenhausträger als auch der Wahlarzt vertraglich für etwaige Behandlungsfehler, ohne dass der Patient eine über die Entgeltabrede mit dem Krankenhausträger hinausgehende (weitere) Vergütung schuldete.[1060]

aa. Haftungsinklusivität

Die vom *BGH* vorgetragene Interessenslage des Patienten fußt demzufolge auf den Säulen der Handlungsexklusivität bzw. der Haftungsinklusivität. Die Haftungsinklusivität ist jedoch deswegen ein schwaches Argument, weil sich der Patient im Haftungsfall regelmäßig an den solventeren Krankenhausträger wenden wird. So verwundert es nicht, dass europaweit eine Konzentrierung der Schadensregulierung beim Krankenhausträger stattfindet.[1061] Für den diesbezüglichen Patientenschutz ist ein Arztzusatzvertrag damit nicht erforderlich. Mögen auch die einzelnen Ärzte gemäß § 21 MBO standesrechtlich zu einer hinreichenden Haftpflichtversicherung verpflichtet sein; es klaffen diesbezüglich offene Probleme: Die Befugnis zur Ausübung des ärztlichen Berufs ist zum einen keineswegs an den Nachweis einer hinreichenden Haftpflichtversicherung geknüpft.[1062] Hinzutritt, dass die Haftpflichtversicherung unter Umständen die Deckung des Schadens verweigert, etwa im Fall des Versicherungswechsels oder der Unwirksamkeit des Versicherungsvertrages.[1063] Endlich ist schon im Dienste der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient eine Haftung des Krankenhausträgers gegenüber der persönlichen Haftung des handelnden Arztes vorzuziehen.[1064] Die Haftungsinklusivität des Arztes bildet danach im Ergebnis keine begehbare Grundlage für die interessensbasierte Konstruktion des Arztzusatzvertrages

[1058] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779).
[1059] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779).
[1060] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779).
[1061] *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 141, m.w.N.
[1062] *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 21 MBO Rdnr. 2; krit. hierzu *Teichner/Schröder*, MedR 2005, 127; *Rieger*, MedR 2009, 694. Gleichwohl muss beachtet werden, dass die einzelnen angestellten Ärzte regelmäßig über die Haftpflichtversicherungen der Krankenhäuser mitversichert sein werden, vgl. *Scholz*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 21 MBO Rdnr. 6.
[1063] *Spickhoff*, VersR 1998, 1189 (1197).
[1064] Instruktiv zu den Auswirkungen der Arzthaftung auf das Verhältnis Arzt/Patient *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 5 ff. , m.w.N.

bb. Handlungsexklusivität

Bei der Frage der Handlungsexklusivität kann auf die soeben beschriebene Systematik des Vergütungsrechts verwiesen werden. Bereits der totale Krankenhausaufnahmevertrag mit dem Patienten (einheitlicher Wahlbehandlungsvertrag) hat die Wahlleistung *Arzt* zum Leistungsinhalt. Danach schuldet der Krankenhausträger die Behandlung durch bestimmte leitende oder besonders fachlich qualifizierte Ärzte, auch ohne dass im Einzelfall eine medizinische Notwendigkeit besteht.[1065] Die Wahlleistung *Arzt* erstreckt sich nach der beschriebenen Wahlarztkette gemäß § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG auf alle an der Behandlung beteiligten Ärzte. Es wird erkennbar, dass sich auch ohne einen gesonderten Zusatzvertrag der Privatpatient mit dem einheitlichen Wahlbehandlungsvertrag die besondere Qualifikation oder Erfahrung bestimmter Ärzte hinzukauft.

In diesem Zusammenhang ist überdies einmal mehr die Entwicklung der modernen, arbeitsteiligen Medizin zu beachten. Der Patient wird mit der Konstruktion des Arztzusatzvertrages in der Illusion gehalten, ihm würde der Vertragsschuldner, der liquidationsberechtigte Arzt, exklusiv zu Seite stehen. Genau dies entspricht freilich nicht der Realität. Die arbeitsteilige Medizin hat zur Folge, dass der liquidationsberechtigte Arzt aus den genannten Gründen die ärztlichen Leistungen delegieren bzw. substituieren muss. Des Weiteren ist aus verwaltungstechnischen oder -politischen Gründen pro Fachgebiet nur je ein liquidationsberechtigter Leiter berufen.[1066] Als Antwort auf diese Entwicklung könnte man zwar die Anzahl der liquidationsberechtigten Ärzte erhöhen; dies wäre jedoch unter dem Aspekt der notwendig damit einhergehenden Übernahme von ärztlichen Leitungsfunktionen problematisch.[1067] Die einfachste und dogmatisch überzeugendste Erwiderung liegt jedoch in dem Abschluss eines einheitlichen Wahlbehandlungsvertrages. Auf diese Weise hält das Vergütungsrecht mit der arbeitsteiligen Medizin Schritt. Dem Patienten als Wahlleistungsgläubiger wird vor Augen geführt, dass nicht exklusiv eine bestimmte Person für ihn wahlärztlich tätig wird. Gleichwohl kann er sich über die Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger die Wahlleistung *Arzt* hinzukaufen. In diesem Fall ist ihm aber bewusst, dass sich der Krankenhausträger seiner liquidationsberechtigten Ärzte zur Erfüllung bedienen wird. Das Phänomen der Arbeitsteilung wird dem Patienten klarer vor Augen geführt.[1068] Es kann damit festgehalten werden, dass es weder im Sinne der Handlungsexklusivität noch der Haftungsinklusivität einer Konstruktion des Arztzusatzvertrages bedarf.

[1065] *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 11; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, S. 50, je m.w.N.

[1066] *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 44.

[1067] *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 44.

[1068] So auch *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 45 f.

cc. Vertrauensbeziehung

Eine valide Konstruktionsbegründung liegt schließlich auch nicht darin, dass mit dem Arztzusatzvertrag eine Personalisierung der Arzt-Patienten-Beziehung erfolgt.[1069] Der Gesetzgeber hat mit § 311 Abs. 3 BGB eine gesetzliche Ausnahme zum Relativitätsgebot für den Fall einer besonderen Vertrauensbeziehung geschaffen.[1070] Der sachliche Grund für die Ausnahme vom Relativitätsgebot liegt demzufolge im persönlichen Vertrauen gegenüber dem Dritten. Der Arztzusatzvertrag hilft der geschilderten Problematik freilich nur dann ab, wenn auch ein Liquidationsrecht des Vertrauensarztes besteht. So bezieht sich die Wahlleistungsvereinbarung nach § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG zwar auf alle liquidationsberechtigten Ärzte. Im Einzelfall kann es dem Patienten aber aufgrund eines existierenden Vertrauensverhältnisses auf eine ganz bestimmte ärztliche Person ankommen, unabhängig von dessen Liquidationsberechtigung. Es wird eher sogar der Regelfall sein, dass die Vertrauensperson keine Liquidationsberechtigung vorweisen kann. Für diesen Fall ist der Arztzusatzvertrag jedoch ohne Wert, kann dieser doch nur mit einem liquidationsberechtigten Arzt geschlossen werden.[1071] Ferner wird vielfach mit Recht vorgebracht, dass die persönliche Zuwendung im Rahmen von Vertrauensverhältnissen keiner vertraglichen Grundlage bedarf.[1072] Es kann demnach festgehalten werden: Wenn der Gesetzgeber insbesondere mit § 311 Abs. 3 BGB das besondere Vertrauensverhältnis als sachlichen Grund für die Durchbrechung des Relativitätsgebots nennt, muss dies grundsätzlich erst Recht für das Behandlungsverhältnis Arzt-Patient gelten, für das das gegenseitige Vertrauen gleichsam die „*Geschäftsgrundlage*" bildet.[1073] Es bedarf für den Vertrauensschutz des Patienten jedoch keiner Konstruktion des Arztzusatzvertrages.

Eine sachliche Begründung für den mit der interessengerechten Auslegung verbundenen Eingriff in die (negative) Vertragsfreiheit liegt damit nicht vor. Die Konstruktion des Arztzusatzvertrages verstößt damit gegen das Verhältnismäßigkeitsgebot und somit gegen die Vorgaben des beweglichen Grenzsystems, indem sie pauschal und ohne sachlichen Grund in die (negative) Vertragsfreiheit der Parteien eingreift. Der Arztzusatzvertrag überschreitet mit diesem Weg die Grenze der zulässigen Materialisierung und ist Ausdruck eines richterrechtlichen Paternalismus.

[1069] Zu dieser Argumentationsfigur bei der privatrechtsdogmatischen Qualifikation des Behandlungsvertrages § 4 B I 1 c cc.

[1070] *M. Hassemer*, Heteronomie, S. 49 ff. Diesbezüglich schon § 3 A I 2 b bb (2).

[1071] Vgl. *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 12.

[1072] *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 97, m.w.N.

[1073] Vgl. § 4 B IV.

3. Das Liquidationsrecht des Krankenhausträgers

In diesem Lichte nimmt es nicht wunder, dass die DKG den Krankenhäusern empfiehlt, das Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen nur noch selbst auszuüben und den leitenden Krankenhausärzten als Kompensation eine Mitarbeitervergütung zu gewähren.[1074] Dabei wurde aus Teilen der arztrechtlichen Literatur die Zulässigkeit dieser Regelung hinterfragt.[1075] Dagegen wird in erster Linie § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG angeführt, aus dem zu schließen sei, dass wahlärztliche Leistungen nicht vereinbart werden dürften, wenn sie von nichtliquidationsberechtigten Ärzten erbracht würden; a fortiori seien sie dann nicht vom Krankenhausträger liquidierbar.[1076] Ohne in diesem Rahmen auf alle in das Feld geführten Argumente eingehen zu können,[1077] lässt sich die Streitfrage anhand der allgemeinen Systematik des Privatrechts und speziell des Privatliquidationsrechts beantworten.

Die Wahlleistungsvereinbarung im Sinne von § 17 Abs. 1 S. 1 KHEntgG wird zwischen Patient und Krankenhausträger geschlossen. Der Schuldner der wahlärztlichen Leistung als Krankenhausleistung im Sinne von § 1 Abs. 1 KHEntgG ist gemäß § 2 Abs. 1 S. 1 KHEntgG damit der Krankenhausträger. Vice versa ist der Krankenhausträger damit auch Gläubiger des synallagmatischen Vergütungsanspruchs. Schon aus dem Grundsatz der Relativität der Schuldverhältnisse folgt, dass im Ausgangspunkt der Gläubiger und nicht etwa ein Dritter den (Vergütungs-) Anspruch liquidieren darf.[1078] Da das Liquidationsrecht im Ausgangspunkt beim Krankenhausträger liegt,[1079] kommt diesem auch die Liquidationshoheit als Ausfluss der privatrechtlichen Dispositionsfreiheit zu. Allein der ursprüngliche Gläubiger entscheidet, ob und wenn ja, wer, den bestehenden Anspruch geltend macht. Erkennt man die Liquidationshoheit des Krankenhausträgers an, kann man nach diesem grundlegenden Prinzip des Privatrechts nicht zu dem Ergebnis gelangen, dass dem Krankenhausträger ein Liquidationsrecht verwehrt bleibt.[1080] Dies hat das *BAG* in einer Entscheidung aus dem Jahr 2003 klargestellt: Ist der Krankenhausträger der Gläubiger der Vergütungsforderung, so ist es mit dieser Rechtsposition unvereinbar, dem Wahlarzt ein abgespaltenes Forderungsrecht zuzusprechen.[1081] Gleichwohl wird dem Arzt *daneben* auch ein eigenes Liquidati-

---

[1074] Vgl. Ärzteblatt 2007, A 2831.

[1075] Vgl. zum Streitstand den Überblick bei *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 13.

[1076] Vgl. dazu *Clausen*, in: FS Medizinrecht, S. 17 (19).

[1077] Vgl. hierzu eingehend zuletzt *Bender/Heppekausen*, VersR 2011, 327.

[1078] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 328 BGB Rdnr. 1.

[1079] BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189 (2190); *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 10; *Patt*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 17 KHEntgG Rdnr. 77.

[1080] So aber *Clausen*, MedR 2009, 655 ff.

[1081] BAG, MedR 2003, 689 (691).

onsrecht zugestanden. Dieses wird aber vom *BGH* aus dem Arztzusatzvertrag hergeleitet.[1082] Indes spricht § 17 Abs. 3 S. 1 KHEntgG davon, dass die einzelnen Ärzte zu einer gesonderten Berechnung ihrer Leistungen „*berechtigt*" sein müssen. Die Berechtigung kann freilich nicht in dem Arztzusatzvertrag gesehen werden, da dann der Arztzusatzvertrag denknotwendigerweise *vor* der Wahlleistungsvereinbarung geschlossen werden müsste.[1083] Dies ist jedoch – wie dargestellt – aufgrund der engen Verknüpfung von Wahlleistungsvereinbarung und Arztzusatzvertrag über § 139 BGB nicht möglich. Überdies hat sich in diesem Rahmen der Arztzusatzvertrag für den Fall als nicht haltbar erweisen, dass er eine richterrechtliche Konstruktion im Wege der interessengerechten Auslegung darstellt. Deswegen ergibt sich im Ergebnis sowohl aus der vergütungsrechtlichen als auch aus der privatrechtlichen Systematik das alleinige Liquidationsrecht des Krankenhausträgers. Im Ausblick sollte daher folgendem Lösungsansatz gefolgt werden:[1084] Die Aktivlegitimation für den wahlärztlichen Vergütungsanspruch liegt allein beim Krankenhausträger.[1085] Dies brächte zum einen die notwendige Klarheit für den Patienten, da er a priori die Behandlung nicht mit einem bestimmten, liquidationsberechtigten Arzt verbindet. Zum anderen lässt sich nur dieser Lösungsweg mit dem Grenzprinzip des Relativitätsgebots in Einklang bringen. Diese Lösung müsste auch nicht zu einem Einnahmensrückgang der liquidationsberechtigten Ärzte führen. So könnten diese ohne weiteres prozentual an den wahlärztlichen Einnahmen des Krankenhausträgers beteiligt werden.[1086] Das Liquidationsrecht des Krankenhausträgers ist zusammenfassend die systemkonforme Alternative zum systembrüchigen Arztzusatzvertrag.

[1082] Etwa BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779).

[1083] So wiederum überzeugend *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 102.

[1084] Hierzu näher *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 44 ff.

[1085] *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 44.

[1086] *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 45.

B. Vergütungsrechtliche Grenzen

Nach dieser Systematisierung der vergütungsrechtlichen Dogmatik, soll nun anhand des arztrechtlichen Systems untersucht werden, ob, und wenn ja, inwieweit, ärztliche Leistungen substituiert (vgl. I., II.) bzw. delegiert (vgl. III.) werden können, ohne dass der Vergütungsanspruch gefährdet wird.

I. Vertretervereinbarungen (Substitutionsvereinbarungen)

1. Zulässigkeit

Vorab bedarf es hierfür zunächst einer vergütungsrechtlichen Differenzierung. So kann gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ der Arzt Gebühren nur für selbstständige ärztliche Leistungen berechnen, die er (1) selbst erbracht hat oder (2) unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Während die erste Fallgruppe der *höchstpersönlichen* Leistung zweifelsohne zu einem eigenen Vergütungsanspruch führt, wird dies vom Gesetzgeber auch für die zweite Alternative, die Delegation, zugebilligt.[1087] Diese Möglichkeiten der gebührenrechtlichen Delegation bedürfen dabei keiner Vereinbarung zwischen Arzt und Patient.[1088] Anders jedoch bei der dritten Fallgruppe, der über die Delegation hinausgehenden Vertretung, die eine vertragliche Vereinbarung zwischen Wahlarzt und Patient voraussetzt.[1089] Im Rahmen dieser Vertretervereinbarung tritt der Vertreter an die Stelle des vertragsschließenden, liquidationsberechtigten Arztes; mithin übernimmt er entsprechend den privatrechtlichen Vorschriften bestimmte Leistungspflichten des Vertretenen.[1090] Die Vertretervereinbarung hat demnach nicht zur Folge, dass die Delegationsmöglichkeiten erweitert werden; eher wird die Person des Delegierenden ausgetauscht.[1091] Da es nicht um eine Vertretung bei der Abgabe einer Willenserklärung,[1092] sondern vielmehr um eine Substitution einer ärztlichen Leistung geht,[1093] sollte – in Abgrenzung von der Delegation ärztlicher Leistungen – terminologisch exakt von einer *Substitutionsvereinbarung* gesprochen werden.

[1087] Zu der Ausnahme gemäß § 2 Abs. 3 S. 2 GOÄ näher § 5 B III 2.

[1088] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 7.

[1089] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 12; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107 (110).

[1090] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 12.

[1091] *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 127.

[1092] Zu der unglücklichen Terminologie der Vertretervereinbarung wiederum *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 5.

[1093] Zu der Definition der Substitution § 1 B II 3 c.

Nun ist in der arztrechtlichen Literatur vereinzelt die Zulässigkeit einer solchen Substitutions- bzw. Vertretervereinbarung in Frage gestellt worden.[1094] Bezweifelt wird zum einen, dass eine solche Abrede zu einer Liquidationsberechtigung für Leistungen führt, die der Patient ohnehin aus dem Vertrag mit dem Krankenhaus beanspruchen kann.[1095] Diese Argumentation überzeugt aber schon deswegen nicht, weil sie lautlos unterstellt, dass eine solche Vereinbarung ohne weiteres mit den allgemeinen privatrechtlichen Vorschriften vereinbar wäre. Sollte sich jedoch einmal die Leistung eines Vertreters nicht von den Regelleistungen des in Rede stehenden Krankenhauses unterscheiden, wäre die Vertretervereinbarung schon nach allgemein privatrechtlichen Grundsätzen nichtig.[1096] Ferner wird die Zulässigkeit der Vertretervereinbarungen vor dem Hintergrund beargwöhnt, dass allein über § 2 GOÄ die Möglichkeit bestünde, von den gebührenrechtlichen Vorschriften abzuweichen; die GOÄ sei insoweit bindend.[1097] Diese Argumentation verkennt indes die privatrechtsdogmatische Einkleidung des Gebührenrechts, oder genauer die systematische, synallagmatische Differenzierung des allgemeinen Vertragsrechts zwischen Leistungs- und Gegenleistungspflichten.[1098] So wird etwa durch § 2 Abs. 2 S. 3 GOÄ nicht die Möglichkeit zur Delegation ärztlicher Leistungen versagt; vielmehr betrifft diese Vorschrift allein die Geltendmachung des für die persönliche Leistungserbringung (erhöhten) Honorars.[1099] Die Vertretervereinbarung legt damit den *Leistungs*pflichtenkatalog fest, bestimmt also den Umfang der zu erbringenden Leistung des Arztes. Der Vergütungsanspruch betrifft hingegen die Gegenseite, die *Gegenleistungs*pflicht des Patienten. Die GOÄ betrifft nun allein Vergütungsfragen und damit Fragen dieser letzteren Gegenleistungspflicht. Daher gilt: Die GOÄ kann einen Vergütungsanspruch dann nicht begründen, wenn dieser nach Vertragsrecht nicht besteht; umgekehrt kann die GOÄ Vertreterleistungen, die den vertragsrechtlichen Anforderungen nicht genügen, die Vergütung versagen bzw. von bestimmten Voraussetzungen abhängig machen, vgl. nur § 4 Abs. 2 GOÄ.[1100] Die Vertretervereinbarung hängt – übrigens genauso wie die Behandlung lege artis als weitere Hauptleistungspflicht –[1101] damit nur

---

[1094] Vornehmlich aus dem Lager der privaten Krankenversicherungen, vgl. etwa *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3381).

[1095] Erneut *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3381).

[1096] Auf § 134 BGB i.V.m. § 7 KHEntgG stellen ab *Bender*, MedR 2008, 336 (340); *ders./Heppekausen*, VersR 2011 327 (330). Vgl. auch LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 28.07.2010 - L 9 KR 534/06, Juris, Rdnr. 28. Allgemein zum Charakter des KHEntgG als Verbotsgesetz gemäß § 134 BGB Staudinger/*Sack/Seibl*, BGB, § 134 Rdnrn. 257; 271. Näher zur Grenze von Vertretervereinbarungen sogleich § 5 B I 2.

[1097] Erneut *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3381).

[1098] Eingehend zum Synallagma im Rahmen eines Behandlungsvertrages § 4 B I 3 b cc.

[1099] *Taupitz*, MedR 1996, 533 (537).

[1100] *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 127 f., m.w.N.

[1101] Dazu *Lipp*, in: Laufs/Katzenmeier/*Lipp*, Arztrecht, Kap. III Rdnr. 32. Zu den Auswirkungen eines Behandlungsfehlers auf den ärztlichen Vergütungsanspruch § 6 A I 4.

über das Synallagma mit dem Vergütungsrecht zusammen. Diese privatrechtsdogmatische Unterscheidung macht deutlich, dass im Privatliquidationsrecht zwischen dem vertragsrechtlichen und dem gebührenrechtlichen Vertreter differenziert werden muss. Sofern etwa in §§ 4 Abs. 2 S. 3; 5 Abs. 5 GOÄ vom „*ständigen ärztlichen Vertreter*" die Rede ist, wird damit gerade nicht der Vertreter im Sinne der beschriebenen Vertretervereinbarung, sondern vielmehr der gebührenrechtliche Vertreter terminologisch erfasst. Dieser kann – im Gegensatz zum vertragsrechtlichen Vertreter – ohne Vereinbarung mit dem Patienten zur Erfüllung einer Leistungspflicht herangezogen werden.[1102] Die GOÄ verbleibt damit auf der Ebene der Gegenleistungspflichten, des Vergütungsanspruchs. Beachtenswert ist in diesem Zusammenhang schließlich der kompetenzrechtliche Hintergrund der GOÄ. Gemäß § 1 Abs. 1 GOÄ bestimmen sich die *Vergütungen* der beruflichen Leistungen der Ärzte nach dieser Verordnung. Die GOÄ findet wiederum ihre Rechtsgrundlage in § 11 BÄO,[1103] die sich allein mit der Vergütungsfrage, dem zu entrichtenden Entgelt, beschäftigt. Die GOÄ darf im Lichte einer gebotenen, restriktiven Auslegung kompetenzrechtlich keine Aussagen über diesen Regelungsgehalt der Rechtsgrundlage hinaus treffen. Die Vertretervereinbarung trifft nach den vorstehenden Ausführungen allein eine Aussage über den Leistungskatalog, also die Leistungspflichten des Arztes. Nur über das Synallagmaschanier Leistungspflicht/Gegenleistungspflicht wird durch die Vertretervereinbarung eine Vergütungsfrage berührt. Dies genügt für eine kompetenzrechtliche Befugnis gleichwohl nicht aus. Ansonsten könnten in der GOÄ etwa auch Fragen wie die Zulässigkeit einer bestimmten Therapiewahl geregelt werden.[1104] Zusammenfassend gilt: Die GOÄ kann privatrechtsdogmatisch und kompetenzrechtlich nur Aussagen über die Vergütungsebene, nicht jedoch über den Leistungskatalog und damit die Vertretervereinbarungen treffen. Die Vertretervereinbarungen sind damit grundsätzlich zulässig, wenn sie nicht nach dem allgemeinen Vertragsrecht als unwirksam zu qualifizieren sind.

[1102] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 7; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, MedR 2000, 107 (110). Daran wird erneut der dargestellte privatrechtsdogmatische Unterschied zwischen Vertretervereinbarung und Vergütungsanspruch deutlich.

[1103] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1 GOÄ Rdnr. 2. Näher zu dem Regelungsbereich und dem kompetenzrechtlichen Hintergrund der BÄO *Schelling*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Vorb. zu § 1 BÄO Rdnrn. 1 ff., m.w.N.

[1104] Wenn in § 1 Abs. 2 S. 1 GOÄ davon die Rede ist, dass der Arzt Vergütungen nur für Leistungen berechnen darf, die nach den Regeln der ärztlichen Kunst erforderlich sind, so wird - wie beim gebührenrechtlichen Vertreter - allein die Gegenleistungsebene berührt.

2. Grenzen des AGB-Rechts

a. Der Behandlungsvertrag als besonderer Verbrauchervertrag

Wurde vorstehend mit dem Vertragsrecht der Maßstab für die Grenzen der Vertretervereinbarungen herausgefiltert, bedarf dieser Gradmesser freilich einer weiteren Verfeinerung. Als hilfreich erweist sich dabei das AGB-Recht: Bei den Krankenhausaufnahmebedingungen und dementsprechend insbesondere auch bei den Vertretervereinbarungen handelt es sich regelmäßig um AGB im Sinne von § 305 Abs. 1 S. 1 BGB.[1105] Hierbei sollte man sich eingangs vor Augen halten, dass die Verwendung von AGB kein gebührenrechtliches Spezifikum ist: Innerhalb des Arztrechts findet sich eine solche Verwendung etwa auch im Bereich der Selbstbestimmungsaufklärung, im Arzneimittelrecht beim Handel über Versand- bzw. Internetapotheken.[1106] Dem AGB-Recht kommt mithin im Medizinrecht eine eigenständige, ja prägende Bedeutung zu.[1107] Diese herausgehobene Stellung in einem Bereich, der vielfach von Vertrauen und individueller Zuneigung geprägt ist, erscheint vor der Entstehungsgeschichte des AGB-Rechts als befremdlich. So ist jenes zunächst ein Produkt der Standardisierung von Vertragsbedingungen.[1108] Insbesondere das Arzt-Patienten-Verhältnis ist jedoch keineswegs standardisiert; vielmehr ist es entgegengesetzt höchst individuell. Deswegen bedarf auch die vertragliche Ausgestaltung grundsätzlich einer differenzierenden, den Einzelfall berücksichtigenden Ausgestaltung. Liegt also der Sinn und Zweck des AGB-Rechts in der Standardisierung, Typisierung und Rationalisierung der Geschäftsabwicklung, tritt in diesem schuldrechtlichen Teilgebiet die angesprochene Ökonomisierung bzw. Standardisierung des Arzt-Patienten-Verhältnisses zu Tage. Die Folgen für den Patienten sind weitreichend: Mit der AGB-Verwendung geht regelmäßig eine vertragliche Risikoabwälzung einher.[1109] Diese Konstellation ist signifikant für

---

[1105] Stellvertretend BGHZ, 175, 76 = NJW 2008, 987; OLG Stuttgart, MedR 2002, 411; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnrn. 92 f.; MünchKomm/*Müller-Glöge*, BGB § 613 Rdnr. 3; *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 305 BGB Rdnr. 1; *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 87 Rdnr. 19; *Bender*, MedR 2008, 336 (340); *Kuhla*, NJW 2000, 841 (844). Instruktiv zu der AGB-Kontrolle im Krankenhausbereich *Kutlu*, AGB-Kontrolle, passim; ferner *Gödicke*, Formularerklärungen, passim.

[1106] Vgl. hierzu den Überblick bei Kutlu, in: Spickhoff § 305 BGB Rdnr. 1, m.w.N. Die Bedeutung der AGB im Arzneimittelrecht liegt primär im Wettbewerbsrecht, vgl. nur OLG Stuttgart, PharmR 2010, 123; WRP 2011, 644. Eingehend zum Verbraucherschutz im Arzneimittelhandel *Mand/Könen*, WRP 2006, 841 ff., m.w.N.; *dies.*, WRP 2007, 1405 ff.

[1107] Dies wird auch daran deutlich, dass die medizinrechtlichen Standardkommentare dem AGB-Recht eine separate Bearbeitung gewidmet haben, vgl. etwa die Bearbeitung von *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, §§ 305 ff. BGB.

[1108] Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu §§ 305 ff. Rdnrn. 3 ff.; MünchKomm/*Basedow*, BGB, Vorb. zu §§ 305 ff. BGB, Rdnr. 1.; ferner *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 3.; Meller-*Hannich*, Verbraucherschutz, S. 273.

[1109] Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu §§ 305 ff. Rdnrn 7 ff.; Staudinger/*Schlosser*, BGB, Vorb. zu §§ 305 ff. Rdnr. 4; MünchKomm/*Basedow*, Vorb. zu §§ 305 ff. BGB Rdnr. 3.

den aufgekommenen Verbraucherschutzgedanken.[1110] Gleichwohl ist das AGB-Recht kein reines Verbraucherrecht. Dies zeigt sich etwa daran, dass die Anwendung des AGB-Rechts nicht von der Existenz eines Verbrauchervertrages abhängt, vgl. auch § 310 Abs. 1 BGB.[1111] Dennoch bringt vor allem § 310 Abs. 3 BGB zum Ausdruck, dass der Verbraucher einen besonderen Schutz genießen soll.[1112]

Die Patientenrechte sind eine besondere Form des Verbraucherschutzes.[1113] Dabei liegt die Besonderheit des arztrechtlichen Verbraucherschutzes[1114] zum einen im verstärkten Rechtsgüterschutz.[1115] Daneben weist der Behandlungsvertrag mit dem partnerschaftlichen Verhältnis Arzt/Patient eine weitere Eigenheit auf. Während die Verbraucherverträge von einem Machtgefälle und widerstreitenden Interessen geprägt sind, handelt es sich beim Behandlungsvertrag um einen besonderen Vertrauensvertrag.[1116] Das Machtgefälle zwischen Arzt und Patient quellt damit nicht (vornehmlich) in der wirtschaftlichen Unterlegenheit; eher ist die besondere Schutzwürdigkeit des Patienten in dessen physischen und psychischen Ausnahmesituation, der Sorge um das eigene Wohl und Wehe, begründet.[1117] Darin liegt jedoch kein *aliud* gegenüber der herkömmlichen Konstellation beim Abschluss von Verbraucherverträgen, sondern vielmehr ein *plus*. Gegenüber dem Patienten bestehen beispielsweise gesteigerte Aufklärungspflichten; zudem kann sich dieser – ohne gesondertes Widerrufsrecht – grundsätzlich jederzeit vom Behandlungsvertrag lösen. Verbraucherschutz heißt damit im Arztrecht primär Rechtsgüterschutz bzw. Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und materiale Gewährleistung der Patientenautonomie. Eine systemgetreue AGB-Kontrolle muss nun diese Rechtsprinzipien entscheidend berücksichtigen, will sie nicht als systemfremd erscheinen.[1118]

[1110] Hierzu instruktiv *v. Hippel*, Verbraucherschutz, S. 4 ff., ferner *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 10, je m.w.N.

[1111] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, Vorb. zu § 305 BGB Rdnr. 8; Kutlu, AGB-Kontrolle, S. 26.

[1112] Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 305 BGB Rdnr. 9; vgl. auch Staudinger/*Coester*, BGB, § 307 Rdnr. 7 („*Verbraucherschutz vor missbräuchlichen Klauseln und herkömmlicher Schutz vor AGB sind demnach zwei Interventionsansätze, die sich weitgehend im Ziel decken, dies jedoch auf unterschiedlichem Weg zu erreichen versuchen.*“).

[1113] Hierzu etwa *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 89; *Schneider*, MedR 2000, 497 ff.; *Bollweg/Brahms*, NJW 2003, 1505 ff.; das geplante Patientenrechtegesetz ist damit ein Verbraucherschutzgesetz, vgl. *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 6 ff.

[1114] Zur Verbrauchereigenschaft des Patienten *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 93; *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 310 BGB Rdnr. 1; näher zur Eigenschaft des Arztvertrages als Verbrauchervertrag im Sinne von Art. 29 EGBGB *Deutsch/Spickhoff*, Rdnr. 24; *Nagel*, Organtransplantation, S. 128.

[1115] Vgl. *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 62; *Damm*, VersR 1999, 129 (130); *Kubella*, Patientenrechtegesetz S. 10, m.w.N.

[1116] So schon die Zusammenfassung in § 4 B I 4.

[1117] Vgl. auch BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988); ferner *Kubella*, Patientenrechtegesetz, S. 10.

[1118] Vgl. auch BVerfG, NJW 2005, 1036 (1037); *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 32.

b. Urteil des BGH v. 20.12.2007

Jahrelang herrschte eine Rechtsunsicherheit in der Ausgestaltung der Vertretervereinbarungen vor. Diese Unsicherheit war vor allem wegen der strafrechtlichen Relevanz von Bedenken getragen; so stellte sich die Frage nach der Zulässigkeit von Vertretervereinbarungen auch und vor allem im Bereich des Abrechnungsbetrugs.[1119] Der *III. Zivilsenat* erhielt jedoch im Jahr 2007 die Möglichkeit zur richterlichen Klarstellung der unübersichtlichen Rechtslage, obwohl im Ergebnis die Vertretervereinbarung nicht als AGB ausgestaltet war.[1120] Der *BGH* differenziert in der in Rede stehenden Entscheidung im Ergebnis sauber zwischen der Delegation und der Substitution ärztlicher Leistungen.[1121] Dabei hält er fest, dass der Verordnungsgeber mit § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ die Vertretungsmöglichkeiten allein für die darin bestimmten ärztlichen Leistungen auf den ständigen ärztlichen Vertreter des Wahlarztes beschränken wollte.[1122] In allen anderen Fällen sei nach dem Willen des Verordnungsgebers eine weitergehende Vertretung durch jeden beliebigen Arzt in den Grenzen des Vertragsrechts – unter Reduzierung des Gebührenrahmens nach § 5 Abs. 5 GOÄ – zulässig.[1123] Die konkrete Vertretervereinbarung überschritt indes die Grenzen des Vertragsrechts, genauer die des § 308 Nr. 4 BGB.[1124] Danach konnte pauschal in jedem Verhinderungsfall ein Stellvertreter die Aufgaben des liquidationsberechtigten Arztes übernehmen. Darin sah der *BGH* die Schaffung einer einseitigen Möglichkeit der Änderung der Leistung, die im Lichte der persönlichen Leistungspflicht des Arztes für den Patienten unzumutbar sei.[1125] Nach der maßgeblichen kundenfeindlichsten Auslegung sei davon insbesondere auch die Konstellation erfasst, in der die Verhinderung des Wahlarztes bereits zum Zeitpunkt des Abschlusses der Wahlleistungsvereinbarung feststehe.[1126] Die persönliche Leistungserbringung des gewählten Arztes sei schon zu diesem Zeitpunkt unmöglich.[1127] Die Unzumutbarkeit einer solchen Klausel für den Patienten ergebe sich ferner auch aus § 307 Abs. 2 BGB.[1128] Eine Vertretervereinbarung sei vor diesem Hintergrund erst dann zulässig, wenn sie auf die Fälle beschränkt sei, in denen die Verhinderung des Wahlarztes nicht bereits im Zeit-

---

[1119] *Spickhoff*, JZ 2008, 687. Zum Abrechnungsbetrug näher § 6 B II 1.

[1120] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988 f.).

[1121] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987. Zu dieser begrifflichen Differenzierung grundlegend § 1 B II.

[1122] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

[1123] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987, unter Berufung auf BR-Drs. 688/95, S. 6.

[1124] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).

[1125] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988); hierzu *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 15.

[1126] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988); zu diesem Auslegungsprinzip näher BGHZ 158, 149 = NJW 2004, 1588 (1589); NJW-RR 2008, 134 (136); NJW 2011, 3222 (3226); Staudinger/*Coester*, Eckpfeiler, Kap. E Rdnrn. 37 ff.; *Stadler*, in: Jauernig, BGB, § 305c Rdnr. 7.

[1127] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988). Zur Unmöglichkeit im Wahlarztvertrag auch *Deutsch*, VersR 2002, 196. Hierzu ferner sogleich § 5 B I 2 c bb (2).

[1128] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).

punkt der Vereinbarung feststehe.[1129] Dazu müsse in der Vertretervereinbarung der ständige ärztliche Vertreter im Sinne von §§ 4 Abs. 2 S. 3, 4; 5 Abs. 5 GOÄ bestimmt und namentlich benannt sein.[1130] Kurzum: Nach diesen Ausführungen kann formularmäßig der Einsatz eines namentlich bestimmten Substituten allein für die Fälle vereinbart werden, in denen zur Zeit des Vertragsschlusses die Verhinderung des Wahlarztes noch nicht absehbar ist.[1131] Dabei muss jedoch die Wahlarztkette im Sinne von § 17 Abs. 3 KHEntgG beachtet werden. Sobald beim Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung absehbar ist, dass bereits einer der von vornherein beteiligten liquidationsberechtigten Ärzte zur Zeit der vorgesehenen Behandlungen verhindert sein wird, ist eine wirksame Vertretervereinbarung nicht mehr möglich.[1132]

c. Stellungnahme und Ausblick

Die Entscheidung des *BGH* ist im Sinne der Rechtssicherheit dahingehen zu begrüßen, dass sie zumindest zahlreiche Einzelfragen geklärt hat. Sie ermöglicht pro futuro eine regelmäßig mit dem Gebührenrecht konform gehende Gestaltung von Vertretervereinbarungen.[1133] Gleichwohl bleibt das dogmatische Fundament weitestgehend im Dunkeln. Ein solches, dies wurde eingangs dieser Schrift angedeutet, bedarf es jedoch insbesondere für die Gesetzesbindung des Richters. In diesem Dienste der privatrechtsdogmatischen Integration sollen im Folgenden die maßgeblichen, allgemeingültigen Kriterien für die Wirksamkeit einer Vertretervereinbarung herausgearbeitet werden. Es darf daran erinnert werden: Erst das Zusammenspiel von Dogmatik und Einzelfallkriterium, nicht aber letzteres allein, kann eine dauerhafte Rechtssicherheit gewährleisten.[1134]

aa. Zahl der ständigen ärztlichen Vertreter

Offen geblieben (weil nicht entscheidungserheblich) ist zunächst die Frage, ob nur *ein* oder auch *mehrere* ständiger ärztliche Vertreter im Rahmen einer Vertretervereinbarung benannt werden können.[1135] Der *BGH* hat in der diskutierten Entscheidung im Singular von *dem* ständigen ärztlichen Vertreter gesprochen.[1136] Da er

---

[1129] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).
[1130] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).
[1131] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 15.
[1132] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 15.
[1133] *Spickhoff*, JZ 2008, 687 (688).
[1134] Instruktiv zur Rechtssicherheit, insbesondere zur Antinomie von Rechtssicherheit und Gerechtigkeit, *v. Arnauld*, Rechtssicherheit, S. 637 ff. et passim.
[1135] Diesbezüglich *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr 15; *Seibl*, LMK 2008, 254205, je m.w.N.
[1136] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

jedoch diese Erwähnung unter Verweis auf § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ vollzieht, darf unterstellt werden, dass der *III. Zivilsenat* allein auf den Wortlaut der zitierten Vorschrift rekurriert ohne eine wertende Stellungnahme abzugeben.[1137] Es kann freilich aufgrund des eindeutigen Wortlauts des § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ nicht verwundern, dass vereinzelte Stimmen aus dem Privatliquidationsrecht das alleinige Abstellen auf den *einen* ständigen ärztlichen Vertreter favorisieren.[1138] Die Wortlautauslegung muss allerdings um die teleologische Auslegung ergänzt werden. Die Leistung des ständigen ärztlichen Vertreters wird mit der des Wahlarztes von der GOÄ – wie sich nicht zuletzt aus §§ 4 Abs. 2 S. 4; 5 Abs. 5 GOÄ ergibt – gebührenrechtlich gleichgestellt.[1139] Das liegt daran, dass der Patient im Verhinderungsfall des Wahlarztes nicht von einem beliebigen Dritten behandelt wird; vielmehr wird als Vertreter ein solcher Arzt tätig, der zuvor von dem als besonders qualifiziert eingeschätzten Chefarzt bestimmt und damit als ebenfalls qualifiziert angesehen worden ist. So liegt das Bestimmungsrecht für den ständigen ärztlichen Vertreter beim liquidationsberechtigten Arzt.[1140] Das dem liquidationsberechtigten Arzt aufgrund dessen (regelmäßig) herausragender Qualität entgegengebrachte Vertrauen wird einem Substituten übertragen. Da der ständige ärztliche Vertreter vertragliche Leistungen des liquidationsberechtigten Arztes übernimmt, stehen zwangsläufig beide Personen in einem engen kommunikativen Austausch.[1141] Diese Ausführungen fördern einen systematischen Vergleich mit dem bereits näher beleuchteten § 664 BGB zu Tage.[1142] Diese Vorschrift spricht ebenfalls im Singular von der Übertragung an einen Dritten bzw. einen Gehilfen. Vergleichbar mit der hier erörterten Problematik geht es um die Übertragung einer grundsätzlich persönlich geschuldeten Tätigkeit im Rahmen eines besonderen Vertrauensverhältnisses. Dabei wird nun die Norm auch für die Übertragung an mehrere Substitute (Dritte) angewendet.[1143] Für die Gestattung der Tätigkeitsübertragung nach § 664 Abs. 1 S. 2 BGB ist es demnach unerheblich, ob die Tätigkeit an *einen* oder *mehrere* Dritte übertragen wird. In beiden Fällen wird vom Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung abgewichen, mithin das Vertrauensverhältnis berührt. Gleichzeitig wird dieses Eingriffsverhalten von zwei Seiten gerechtfertigt: Zum einen durch die Gestattung des Patienten/Auftraggebers und zum anderen durch die Auswahl des Substituten vermittels den Arzt/Beauftragten als Vertrauensper-

---

[1137] So auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 15.

[1138] Vgl. nur *Miebach*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 4 GOÄ Rdnr. 89, m.w.N.

[1139] So auch BR-Drs. 688/95, S. 6.

[1140] *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 87 Rdnr. 24, die gleichwohl nicht darauf eingehen, dass sich daraus eine Konsequenz für die hier beleuchtete Frage ergibt.

[1141] Darauf stellt mit Recht auch *Bender*, MedR 2008, 336 (337 f.), ab.

[1142] Zu dieser Schaniernorm bereits ausführlich § 1 B II 3 b aa (1).

[1143] Stellvertretend OLG Saarbrücken, NZM 1999, 527; vgl. auch MünchKomm/*Seiler*, BGB, § 664 Rdnr. 2; *v. Gablenz*, Haftung der Banken, S. 94.

son. Es kann also festgehalten werden: Aus § 664 Abs. 1 BGB lässt sich der privatrechtsdogmatisch abgesicherte Rückschluss ziehen, dass im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses unter der (alleinigen) Voraussetzung der Gestattung und der Auswahl durch die Vertrauensperson Dritte zur Leistungserbringung herangezogen werden können.

Neben dieser Privatrechtssystematik sprechen des Weiteren praktische Erwägungen dagegen, mit dem Wortlaut des § 4 Abs. 2 S. 3 GOÄ allein die Benennung *eines* ständigen ärztlichen Vertreters als zulässig zu erachten. Aufgrund des Wandels der Krankenhausstruktur von kleineren Privatkrankenhäusern hin zu den Großkrankenhäusern wird es de facto kaum vermeidbar sein, die Benennung mehrerer ständiger ärztlicher Vertreter anzuerkennen.[1144] Nicht zuletzt wegen der beschriebenen Veränderungen in Zeiten der modernen Medizin mit ihren Spezialisierungen und Unterspezialisierungen kann damit unter Umständen sogar eine gleichwertige, ja prävalentere Versorgung der Patienten einhergehen. Zusammenfassend ist im Lichte des systematischen Vergleichs mit § 664 BGB und den praktischen Zwängen bzw. sogar Vorzügen einer Benennung mehrerer ärztlicher Vertreter keine Beschränkung der Zulässigkeit auf *einen* ständigen ärztlichen Vertreter geboten.

bb. Kontrollprinzip als dogmatische Grenze

(1) Das bewegliche System des Verbotstatbestandes

Nachdem nun eingangs diese offene Frage geklärt wurde, kann sich im Folgenden der hier im Mittelpunkt stehenden Kernfrage, der Ermittlung einer arztrechtsdogmatischen Grenze von Vertretervereinbarungen gewidmet werden. Ohne an dieser Stelle eine umfassende AGB-Kontrolle von stationären Krankenhausaufnahmebedingungen vornehmen zu können und zu wollen, soll gleichwohl eine wertende Stellungnahme im Lichte des arztrechtlichen Systems erfolgen. Derjenige, der mit der Wahlarztvereinbarung die Behandlung durch den liquidationsberechtigten Arzt wählt, ist unter Umständen zur Zahlung einer (Sonder-) Vergütung dann nicht bereit, wenn ein Vertreter (Substitut) die Behandlung vornimmt. Da die vertraglichen Pflichten – darauf soll nochmals hingewiesen werden – nicht allein aus der subjektiven Äquivalenz ermittelt, sondern darüber hinaus maßgeblich von einem Gerechtigkeitsprinzip mitbestimmt werden, bedarf es mit dem Prinzip der objektiven Äquivalenz einer inhaltlichen Vertragskontrolle, wenn der Bestand der synallagmatischen Pflichten gefährdet ist.[1145] Diese Gefahr ist dem Behandlungsvertrag in besonderer Weise immanent, nicht zuletzt im Hinblick auf das existierende Informationsgefälle und den geschilderten Persönlichkeitsbezug

[1144] So auch die Argumentation von *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 15.
[1145] Vgl. § 3 A I 2 c.

dieses Vertrages. So ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit im Lichte des Abhängigkeitsverhältnisses Arzt/Patient und damit der nur eingeschränkten materialen Vertragsfreiheit regelmäßig gering, wenn nicht gar inexistent. Die gewöhnliche „*Richtigkeitschance*" eines privatautonom geschlossenen Vertrages ist beim Behandlungsvertrag oftmals auf Null reduziert.[1146] Vor diesem Hintergrund ist der mit der Inhaltskontrolle verbundene Eingriff in die Vertragsfreiheit gerechtfertigt, ja zwingend (verfassungsrechtlich) geboten. Die dogmatisch reizvolle Frage lautet nun freilich, wann der Bestand der synallagmatischen Pflichten in der Tat derart gefährdet ist, dass eine formal privatautonom getroffene Vertretervereinbarung nicht mehr als zulässig erachtet werden kann oder noch allgemeiner, die Arbeitsteilung zu einem Verlust des Vergütungsanspruchs führt.[1147] Das arztrechtliche System liefert für die Beantwortung dieser Frage – wie bereits dargestellt wurde –[1148] mit dem Kontrollprinzip als Präzisierung der objektiven Äquivalenz taugliche Kriterien. Der Sinn und Zweck der richterlichen Inhaltskontrolle gemäß §§ 307 ff. BGB liegt in der Gewährleistung einer materialen Vertragsgerechtigkeit, einer so weit wie möglich zu gewährleistenden objektiven Äquivalenz. Es soll verhindert werden, dass eine einseitige Risikoabwälzung auf den Vertragspartner stattfindet. Das privatrechtliche System kennt dabei eine richterliche Inhaltskontrolle über den Bereich der AGB hinaus, etwa im Bereich der §§ 134, 138 BGB.[1149] Daher lässt sich die Vertragskontrolle als – über das AGB-Recht hinausgreifender – allgemeiner Verbotstatbestand charakterisieren, der mithilfe eines beweglichen Systems eine Inhaltskontrolle vornimmt.[1150] Es liegt als Prinzip der Inhaltskontrolle dem gesamten Privatrecht zugrunde.[1151] Auf diese Weise ist nicht die Ermittlung eines „*richtigen Preises*" intendiert, sondern vielmehr die Bestimmung einer Angemessenheitsgrenze.[1152] Im Arztrecht sind bei der Absteckung der gebühren-

---

1146 § 4 B III 2.

1147 Hierzu eingehend OLG Koblenz, NJW 2008, 1679 (1680).

1148 Zu diesem privatrechtlichen Prinzip eingehend § 4 B III.

1149 Stellvertretend Staudinger/*Sack*/*Seibl*, BGB, § 134 Rdnr. 1; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 296 ff.; zum Verhältnis des § 138 BGB zur AGB-Kontrolle ferner Staudinger/*Sack*/*Fischinger*, BGB, § 138 Rdnrn. 514 f. Instruktiv zur Inhaltskontrolle im nationalen und Europäischen Privatrecht *Riesenhuber*, in: *Riesenhuber*/*Karakostas*, Inhaltskontrolle, S. 1 ff.; aus Sicht des IPR *Schaub*, in: Riesenhuber/Karakostas, Inhaltskontrolle, S. 195 ff. Im Überblick zur Anwendung beweglicher Kriterien durch den *BGH* bei der Inhaltskontrolle von Eheverträgen *Gageik*, RNotZ 2004, 295 (305 ff.), m.w.N.

1150 *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 757; so etwa auch *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 205 ff.; vgl. ferner *ders.*, Formale Freiheit, S. 174 ff., m.w.N., zu den monokausalen Erklärungsversuchen; *Preis*/*Bender*, NZA-RR 2005, 337 (341). Mit zurückhaltender Zustimmung *Kling*, Sprachrisiken, S. 221 f, der auf den Vorrang der Aufklärungspflichten bzw. der Lösungsmöglichkeiten als Reaktion auf bestehende Ungleichgewichtslagen hinweist. Ebenfalls zu den Vorzügen der Informations- gegenüber einer Kontrolllösung *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (303 f.). Zum Kontrollprinzip ferner im Überblick *Miethaner*, AGB-Kontrolle, AGB-Kontrolle, S. 59 ff.

1151 *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 756 ff.

1152 BGHZ 145, 66 = NJW 2001, 892 (894); hierzu erneut § 4 B III 2.

rechtlichen Grenze der arbeitsteiligen Medizin die jeweiligen Prinzipien des Grenzsystems bei der inhaltlichen Kontrolle der Wahlleistungsvereinbarung entscheidend. Der Verbotstatbestand greift dann, wenn die arztrechtlichen Prinzipien des Grenzsystems am Ende eines Abwägungsprozesses der Gültigkeit einer Vertretervereinbarung entgegenstehen. Dabei gilt als maßgebliche Abwägungsformel: *Je höher der Rang eines Rechtsprinzips, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr durch gegenläufige Rechtsprinzipien, je geringer die Möglichkeit zu einem effektiven Selbstschutz und je schwächer das Gewicht widerstreitender Rechtsprinzipien, desto stärker ist das jeweilige Rechtsprinzip im Abwägungsprozess zu gewichten*.[1153]

(2) Behandlung durch einen besonders qualifizierten Substituten

Anhand dieser arztrechtsdogmatischen Vorgaben können die vom *BGH* vorgegeben Voraussetzungen für die Gültigkeit von Vertretervereinbarungen auf ihre arztrechtsdogmatische Überzeugungskraft hin substantiiert überprüft werden. Zweifelsohne ist – dies kann als erste Aussage festgehalten werden – eine Vertretervereinbarung zumindest dann ungültig, wenn sie eine Vertretung durch einen Substituten vorsieht, der keine objektiv überdurchschnittliche Qualifikation vorweist, also eine Behandlung oberhalb des ohnehin geschuldeten Facharztstandards gewährleistet.[1154] Der Sinn und Zweck einer Wahlleistungsvereinbarung bzw. eines Arztzusatzvertrages liegt gerade darin, „*im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz*" des Wahlarztes, sich dessen persönliche Behandlung zu sichern.[1155] Als Gegenleistung hierfür entrichtet der Vertragspartner (Patient) ein erhöhtes Entgelt. Der Patient vertraut sich bzw. seine Rechtsgüter mit dem Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung bzw. des Arztzusatzvertrages einem bestimmten, besonders qualifizierten Arzt bzw. Ärztekreis an. Allerdings muss gleichwohl strukturell differenziert werden: Kommt es den Patienten in einer ambulanten Arztpraxis oder in einem kleinen Krankenhaus oftmals – etwa aufgrund einer persönlichen Vertrauensbeziehung zu einem bestimmten (bekannten) Arzt – auf die persönliche Behandlung durch explizit diesen Arzt an, ist dies bei einem Großkrankenhaus regelmäßig anders. Infolge der hohen Spezialisierungsgrade in diesen Einrichtungen geht es dem Privatpatienten regelmäßig allein um die Inanspruchnahme dieses spezialisierten Wissens.[1156] Die inhaltliche

---

[1153] § 2 B I 2 d.

[1154] Vgl. auch BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (989), der dies als selbstverständlich voraussetzt, wenn er anführt, dass der Patient im Rahmen einer Individualvereinbarung über die Option zu unterrichten ist, dass auch außerhalb einer Wahlleistungsvereinbarung eine Behandlung durch hinreichend qualifizierte Ärzte erfolgt; ferner *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 39 f.

[1155] So zu Recht BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987; ähnlich BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779); OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421; OLG Hamm, NJW 1995, 794; ferner *Kutlu*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 17 KHEntgG Rdnr. 15, m.w.N.

[1156] In diese Richtung zu Recht differenzierend *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 16 f.

Komponente überwiegt dann den personalen Aspekt.[1157] Der Patient darf aber jedenfalls darauf vertrauen, dass infolge der Wahlleistungsvereinbarung eine Behandlung auf einem besonders qualifizierten Niveau erfolgt. Oftmals schließt die betroffene Person – vor allem im Vorfeld eines komplikationsträchtigen Eingriffs – eine Wahlleistungsvereinbarung gerade im Vertrauen auf die speziellen Kenntnisse des liquidationsberechtigten Arztes bzw. Ärztekreises ab. Der Patient möchte sich in seiner Sorge um seine Rechtsgüter im Vertrauen auf die besondere Expertise und Kompetenz des Wahlarztes dessen persönliche Leistung durch die Zahlung eines erhöhten Honorars sichern.[1158] Kurzum: Der Wahlleistungspatient strebt nach einer aus seiner Sicht möglichst optimalen ärztlichen Versorgung.[1159] Auch wenn gegenüber jedem Patienten der Facharztstandard geschuldet wird, gebietet in dieser Konstellation primär der verstärkte Rechtsgüterschutz bzw. die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient die Behandlung durch einen besonders qualifizierten Arzt. Allein eine solche ärztliche Tätigkeit beachtet die Angemessenheitsgrenze einer zu entrichtenden (erhöhten) Vergütung. Das Kontrollprinzip untersagt damit eine Vertretung durch einen Arzt, der nicht über eine überdurchschnittliche Qualifikation verfügt.

(3) Keine anfängliche Unmöglichkeit

Auf dieser dogmatischen Grundlage erscheint es zunächst fragwürdig, dass der *BGH* in concreto eine Äquivalenzstörung auch für die Konstellation angenommen hat, in der eine Vertretung – jedoch bei bereits a priori feststehender Abwesenheit des Wahlarztes – durch einen formal zumindest annähernd gleichwertigen Arzt sichergestellt wird.[1160] In diesen Fällen tritt der besondere Rechtsgüterschutz als Grenzprinzip in den Hintergrund, weil die Behandlung durch einen objektiv gleichwertigen Substituten gewährleistet wird. Da es dem Patienten beim Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung bzw. eines Arztzusatzvertrages regelmäßig um die Behandlung von höchster Qualität geht, wird dieses Begehren auch im Falle einer objektiv gleichwertigen Substitution regemäßig erfüllt.[1161] Anders ist dies freilich erneut dann, wenn es dem Patienten nicht allein um diesen inhaltlichen, sondern gerade um den personalen Aspekt geht. Über diese behandlungsethische Ebene hinaus gehört die freie Entscheidung über die Integrität des eigenen Körpers – wie mehrfach dargelegt – nach Art. 2 Abs. 2 S. 1 GG zu den elementaren Rechten des Patienten und bedarf daher eines verstärkten (verfassungsrechtlichen) Schutzes vor privatautonomer Selbstbeschränkung, etwa durch eben

---

[1157] Vgl. auch *Seibl*, LMK 2008, 254205
[1158] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.
[1159] OLG Düsseldorf, NJW 1995, 2421; LG Hamburg, NJW 2001, 3415 (3416); *Miebach/Patt*, NJW 2000, 3377 (3379).
[1160] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).
[1161] So auch *Seibl*, LMK 2008, 254205.

jene Vertretervereinbarung. Dabei befindet sich der Patient beim Abschluss einer Wahlleistungsvereinbarung insofern in einer Abhängigkeit gegenüber der Behandlungsseite, als dass diese zum einen eine überlegene fachliche Kompetenz innehat und zum anderen einzelne Vertragsbedingungen nicht aushandeln kann bzw. möchte, weil er im Anschluss seinem Vertragspartner seine höchsten Lebensgüter anvertraut.[1162] Eine Selbstschutzmöglichkeit des Patienten, etwa durch ein Aushandeln oder ein Ablehnen des Vertrages, ist daher nur äußerst eingeschränkt möglich. Mit der Wahlleistungsvereinbarung bzw. dem Arztzusatzvertrag beschränkt sich zudem die patientenautonom vorgenommene Eingriffseinwilligung regelmäßig auf die Person des gewählten Arztes bzw. den gewählten, exklusiven Ärztekreis.[1163] Die haftungsrechtliche Einwilligung eines Privatpatienten in die Behandlung durch einen Vertreter hängt demnach davon ab, ob er über die Person des behandelnden Arztes aufgeklärt worden ist.[1164] Ist die Behandlung durch einen bestimmten Arzt bzw.- einen bestimmten Ärztekreis zugesagt, muss im Abweichungsfall eine rechtzeitige Patientenaufklärung erfolgen.[1165] Sofern der Patient keine weiteren Informationen über den eingreifenden Arzt erhält, muss und darf er grundsätzlich davon ausgehen, dass der über die Wahlleistungsvereinbarung bzw. den Arztzusatzvertrag gewählte liquidationsberechtigte Arzt tätig wird. Soll ein anderer als der gewählte Arzt die Behandlung vornehmen, bedarf es zur Wahrung der Patientenautonomie einer Aufklärung des Patienten. Die Vertretervereinbarung kann diese Aufklärung nicht ersetzten, ist sie doch nur die notwendige, nicht jedoch die hinreichende Bedingung für eine auch haftungsrechtlich zulässige Vertretung.[1166] Diese haftungs- und gebührenrechtliche Doppelfunktion der Einwilligung im Privatliquidationsrecht lässt sich insbesondere anhand des § 4 Abs. 2 GOÄ beleuchten: Diese Norm soll die Interessen des Patienten an einer persönlichen Leistungserbringung im Gebührenrecht wahren.[1167] Eben jene Patienteninteressen haben jedoch zwei verschiedene Gesichter: Zum einen soll sichergestellt werden, dass die Behandlungsseite tatsächlich nur Gebühren für eigene Leistungen verlangen kann; der beschriebene Äquivalenzgedanke findet sich demnach hier wieder. Der andere Aspekt wird jedoch vielfach außer Acht gelassen. Der Verordnungsgeber hat mit § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ den Einfluss der Patienten-

---

[1162] Vgl. nur BGHZ 145, 66 = NJW 2001, 892 (893).

[1163] Vgl. BGH, NJW 2010, 2580 (2581); *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 307; *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 17, m.w.N.

[1164] Vgl. OLG Celle, NJW 1982, 706, das dieses Recht jedoch auf Privatpatienten beschränkt; vgl. hierzu auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 307; *Bender* VersR 2010, 450 (452), m.w.N. Zur Einwilligung ad personam sogleich ausführlich § 6 A II 3.

[1165] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).

[1166] Dies verkennt *Bender*, VersR 2010, 450 (452), wenn er ausführt, dass der Arztzusatzvertrag schon deswegen nicht als limitierte Einwilligung ausgelegt werden könne, weil ansonsten auch für die Fälle der unvorhersehbaren Verhinderung des Chefarztes eine wirksame Einwilligung nicht vorläge.

[1167] Vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 3.

autonomie auf das Privatliquidationsrecht zum Ausdruck gebracht. Der Arzt kann Gebühren nur für selbstständige ärztliche Leistungen berechnen, die er selbst erbracht hat oder die unter seiner Aufsicht nach fachlicher Weisung erbracht wurden. Da die persönliche Leistungspflicht ihre Wurzel auch im besonderen Vertrauensverhältnis Arzt/Patient bzw. in der Patientenautonomie hat, implementiert der Verordnungsgeber mit § 4 Abs. 2 S. 1 GOÄ diese Rechtsprinzipien im Gebührenrecht.[1168] Dadurch soll die persönliche Zuwendung des Arztes auch auf Honorareben gefördert werden.[1169] Die Vertretervereinbarung weicht von dem Patientenwillen insoweit ab, als dass ein anderer als der gewählte Arzt tätig werden soll. Damit greift sie entscheidend in die ebenfalls verfassungsrechtlich abgesicherte Privat- bzw. Patientenautonomie ein. Im Lichte dieser hohen Anforderungen an die Gültigkeit einer Vertretervereinbarung ist diese jedenfalls dann unwirksam, wenn sie – wie im vorliegenden Fall – eine anfängliche Unmöglichkeit der persönlichen Leistungserbringung erfasst. Dann wird der mit dem Abschluss der Wahlleistungsvereinbarung bzw. des Arztzusatzvertrages zum Ausdruck kommende Patientenwille von vornherein außer Acht gelassen.

Außerdem wird die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient tiefgreifend verletzt, wenn die Behandlungsseite ein Leistungsversprechen abgibt, obgleich bereits bei Vertragsschluss feststeht, dass die persönliche Leistungserbringung durch den Wahlarzt nicht möglich ist. Der Patient vertraut bei einem Behandlungsverhältnis in einem verstärkten Maße darauf, dass die Gegenseite ihr abgegebenes Leistungsversprechen einhält. Eine Vertretervereinbarung, die sich auf jeden Fall der anfänglichen oder nachträglichen Verhinderung erstreckt, soll eine Leistungsabrechnung trotz Nichtleistung ermöglichen, sodass eine derartige Klausel eine unzumutbare Äquivalenzstörung zur Folge hat.[1170] Für die hier in Rede stehende Konstellation der anfänglichen Unmöglichkeit folgt schon privatrechtsimmanent aus § 311a Abs. 2 BGB, dass eine relevante, weil einen Schadensersatzanspruch auf das Äquivalenzinteresse auslösende Leistungs- und damit Äquivalenzstörung dann vorliegt, wenn die Behandlungsseite bei Vertragsschluss Kenntnis bzw. zu vertretende Unkenntnis von dem Leistungshindernis hatte. In diesen Fällen sieht das BGB den Schuldner, hier die Behandlungsseite, als verpflichtet an, das abgegebene Leistungsversprechen zu erfüllen, mag dies unter Umständen

---

[1168] So im Ergebnis auch BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987: Der Patient schließt eine Wahlleistungsvereinbarung „*im Vertrauen auf die besonderen Erfahrungen und die herausgehobene medizinische Kompetenz des von ihm ausgewählten Arztes*".

[1169] BGHZ 138, 91 = NJW 1998, 1778 (1779); OLG Köln, NJW-RR 2009, 102 (103); *Kalis*, VersR 2002, 23; *Miebach*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 4 GOÄ Rdnr. 57.

[1170] OLG Hamm, NJW 1995, 794; OLG Stuttgart, MedR 2002, 411 (412 f.); LG Hamburg, NJW 2001, 3415 (3416); LG Konstanz, VersR 2003, 867; *Thüsing*, in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Krankenhausaufnahmevertrag Rdnr. 26.

auch allein durch eine Anvertrauenshaftung in Höhe des Äquivalenzinteresse möglich sein.[1171]

Aus diesem privatrechtsimmanenten Vergleich mit der Schadensersatzhaftung bei anfänglicher Unmöglichkeit lassen sich beachtliche systematische Erkenntnisse für die Gültigkeit einer Vertreterklausel gewinnen: Eine Vertretung führt demnach dann zu einer Äquivalenzstörung, wenn sie nur derartige Konstellationen erfasst, in denen die Behandlungsseite Kenntnis oder eine zu vertretende Unkenntnis vom Leistungshindernis hatte.[1172] Dies wird regelmäßig dann *nicht* der Fall sein, wenn ein sachlicher Grund für eine Vertretung vorliegt, etwa in den Konstellationen unvorhersehbarer Verhinderung, wie bei einer kurzfristigen Krankheit bzw. dienstlichen Verpflichtungen.[1173] Zudem liegt ein sachlicher Vertretungsgrund vor, wenn kein Vertrauenstatbestand bezüglich einer persönlichen Verpflichtung des Wahlarztes geschaffen wurde. So verhält es sich in der Regel im Rahmen einer Großklinik, da dort der Patient aus organisatorischen Gründen ersichtlich nicht erwarten kann, dass eine persönliche Behandlung durch den Wahlarzt erfolgt.[1174] Dies verdeutlicht – dieser Einschub sei gestattet – wiederum die bereits aufgezeigte Schwäche des Arztzusatzvertrages,[1175] da im Ergebnis ein Vertrag mit anfänglicher Unmöglichkeit zum Regelfall für den stationären Behandlungsvertrag eines Privatpatienten gemacht wird.[1176]

Der dogmatische Rückgriff auf § 311a Abs. 2 BGB überzeugt zudem insbesondere deshalb, weil ein Leistungshindernis bei Vertragsschluss nicht allein die bereits sicher feststehende Verhinderung des Leistungsverpflichteten ist: Die herrschende Literaturansicht sieht mit Grund ein Leistungshindernis im Sinne von § 311a Abs. 2 BGB bereits dann vorliegen, wenn dieses bei Vertragsschluss vor-

---

[1171] Vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311a Rdnr. 9; *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdnr. 659. Noch zum alten Schuldrecht haben LG Aachen, VersR 2002, 195, m. Anm. *Deutsch*, und LG Köln, Urt. v. 14.05.2003 - 25 O 80/03, Juris, Rdnr. 18, Wahlarztverträge gemäß § 306 BGB a.F. als nichtig angesehen, in denen die persönliche Leistungserbringung des Wahlarztes von vornherein ausgeschlossen war, vgl. auch *Spickhoff*, NJW 2002, 1758 (1761); *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 136. In diesen Fällen wäre nach neuem Schuldrecht zwar der Behandlungsvertrag gemäß § 311 a Abs. 1 BGB als wirksam zu erachten; gleichwohl besteht nun – im Gegensatz zum früheren § 307 BGB – die Möglichkeit zur Geltendmachung eines Schadensersatzanspruchs auf das positive Interesse.

[1172] Zudem führte eine anderweitige Vertreterklausel im Ergebnis zu einer Abbedingung des § 311a Abs. 2 BGB. Eine vollständige Umgehung des § 311a Abs. 2 BGB ist jedoch mit den §§ 307 ff. BGB nicht zu vereinbaren, vgl. BGHZ 82, 162 = NJW 1982, 992 (993); OLG Frankfurt, BB 1984, 300; Staudinger/*Coester*, BGB, § 307 Rdnr. 250. Instruktiv zur Leitbildfunktion des Leistungsstörungsrechts im Rahmen der AGB-Prüfung *Canaris*, in: FS Ulmer, S. 1073 ff.

[1173] *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 40; ferner im Überblick zu den einzelnen Verhinderungsgründen *Miebach*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 4 GOÄ Rdnr. 55, m.w.N.

[1174] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 89.

[1175] Krit. diesbezüglich bereits § 5 A II.

[1176] Vgl. auch *Kutlu*, AGB-Kontrolle, S. 136.

hersehbar respektive absehbar war.[1177] Das Leistungshindernis liegt insoweit im bestehenden Leistungsrisiko.[1178] Verspricht der Vertragspartner trotz Leistungsrisiko die Leistungserbringung, haftet er konsequenterweise aufgrund des gesetzten Vertrauenstatbestandes aus § 311a Abs. 2 BGB. Der Vertrauensgedanke ist daher für die Haftung bei anfänglicher Unmöglichkeit entscheidend.[1179] Deswegen ist es vollkommen überzeugend, weil systemkonform, wenn der *BGH* vorliegend die Unwirksamkeit der AGB-Klausel auch auf die Fälle erstreckt, in denen die Verhinderung des Wahlarztes bereits absehbar ist.[1180] Es ist insbesondere in einem Behandlungsverhältnis als Vertrauensverhältnis treuwidrig, eine Leistung zu versprechen, ohne die eigene Leistungsfähigkeit im ersten Schritt sichergestellt zu haben. Damit folgt aus dem privatrechtssystematischen Vergleich mit § 311a Abs. 2 BGB, dass eine Vertretervereinbarung dann zu einer Äquivalenzstörung führt, wenn kein sachlicher Vertretungsgrund vorliegt.[1181] Konsequenterweise haftet die Behandlungsseite dann nach § 311a Abs. 2 BGB auf den Ersatz des Äquivalenzinteresses, wenn sie trotz Zweifel an der eigenen Leistungsfähigkeit, den Behandlungsvertrag abschließt.[1182]

Folglich kann bilanziert werden: Der Verbotstatbestand ist allgemein nach dem Kontrollprinzip erfüllt, wenn durch die Vertretervereinbarung derart tiefgreifend in die Rechtsprinzipien des (beweglichen) arztrechtlichen Grenzsystems ein-

---

[1177] Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311a Rdnr. 4; *Grundmann*, AcP 204 (2004), 569 (583); *Fest*, WM 2005, 2168 ff., m.w.N.; *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rdnr. 228, wendet § 311a Abs. 2 BGB analog an; gegen eine direkte oder analoge Anwendung hingegen Erman/*Kindl*, BGB, § 311a Rdnr. 4.

[1178] Überzeugend *Fest*, WM 2005, 2168 ff., m.w.N.

[1179] Vgl. auch *Canaris*, Vertrauenshaftung, S. 423 f., der gleichwohl darin keine Vertrauenshaftung im engeren Sinne sieht.

[1180] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).

[1181] Diese Argumentation lässt sich auch auf die Fälle der nachträglichen Unmöglichkeit übertragen, auch wenn sich dort das Vertretenmüssen auf die Unmöglichkeit an sich bezieht. Eine Vertreterklausel führt zu einer Äquivalenzstörung, wenn sie auch für den Fall greift, dass die Behandlungsseite die Unmöglichkeit der persönlichen Leistungserbringung zu vertreten hat. Dann liegt mit § 283 BGB eine systemrelevante Äquivalenzstörung vor, die keine Wirksamkeit entfalten kann.

[1182] So überzeugend Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311 Rdnr. 14; Erman/*Kindl*, BGB, § 311a Rdnr. 11; *Stadler*, in: Jauernig, BGB § 311a Rdnr. 11; anders hingegen etwa *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rdnr. 227, m.w.N, der daneben eine Haftung aus §§ 280 Abs. 1, 311 Abs. 2, 241 Abs. 2 BGB zulässt. Dies ist zwar die gewöhnliche Rechtsfolge bei der Verwendung einer ungültigen AGB, vgl. Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311 Rdnr. 38, wird im Falle der Unmöglichkeit aber durch die spezielleren Vorschriften aus dem Leistungsstörungsrecht verdrängt. Die Haftung aus der (früheren) culpa in contrahendo passt schon deshalb nicht, weil der Anspruch auf das positive Interesse gerichtet ist und der Haftungsgrund in der Nichterfüllung eines Leistungsversprechens, vgl. BT-Drs. 14/6040, S. 165; Palandt/*Grüneberg*, BGB, § 311a Rdnr. 7; *Canaris*, JZ 2001, 499 (507); *Looschelders*, Schuldrecht AT, Rdnr. 657, m.w.N., und nicht etwa in der Verletzung einer vorvertraglichen Pflicht zu sehen ist, so aber diesbezüglich konsequent, *Harke*, Allgemeines Schuldrecht, Rdnr. 226 („*vorvertragliche Rücksichtslosigkeit*"); ferner etwa *Altmeppen*, DB 2001, 1399 (1401).

gegriffen wird, dass die daraus resultierende subjektive Äquivalenz dem Gerechtigkeitsprinzip nicht mehr genügt. Da sich der Patient regelmäßig in einem Abhängigkeitsverhältnis zur Behandlungsseite befindet, ist auch die Möglichkeit zum Selbstschutz gering. Die gegenläufigen Interessen der Behandlungsseite können damit in der Regel allein dann überwiegen, wenn ein sachlicher Vertretungsgrund vorliegt. Daher hat der *BGH* in der vorliegenden Entscheidung mit Grund derartige Vertretervereinbarungen als unzulässig erachtet, die eine entweder eine Vertretung durch einen nicht besonders qualifizierten Substituten gestatten bzw. auch die Konstellation einer anfänglichen Unmöglichkeit ohne sachlichen Vertretungsgrund erfasst. Mit dem Kontrollprinzip erhält diese Judikatur ein arztrechtsdogmatisches Fundament, das nicht nur der individualisierenden, sondern darüber hinaus auch der generalisierenden Gerechtigkeit dient.

II. Individualvereinbarung

1. Urteil des BGH v. 20.12.2007

Ungeachtet der Ungültigkeit der Vertreterklausel nach dem AGB-Recht, wurde die Vertretungsvereinbarung vom *BGH* in der in Rede stehenden Entscheidung als zulässige Individualvereinbarung erachtet. Danach kann sich der Wahlarzt auf dem Wege der Individualvereinbarung von seiner Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung befreien und so deren Ausführung einem Vertreter übertragen.[1183] Zunächst darf nicht übersehen werden, dass die Individualvereinbarung gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB ausgehandelt sein muss, will sie nicht den engen Schranken des AGB-Rechts unterliegen. Der *BGH* betont, dass auch eine vorformulierte Vertragsbedingung dann ausgehandelt sein kann, wenn sie der Verwender als eine von mehreren Alternativen anbietet, zwischen denen der Vertragspartner aussuchen kann.[1184] In casu konnte der Patient zwischen mehreren Optionen wählen: Zum einen den Verzicht auf die wahlärztliche Behandlung, die Behandlung durch den Vertreter zu den Bedingungen der Wahlleistungsvereinbarung und schließlich unter Umständen die Verschiebung des Eingriffs. Daneben bedarf die Individualvereinbarung ebenfalls der Schriftform des § 125 BGB.[1185] Abgesehen von diesen eher formellen Anforderungen an die Individualvereinbarung ist insbesondere zu beachten, dass der *BGH* dem Krankenhausträger bzw. dem liquidationsberechtigten Arzt besondere Aufklärungspflichten auferlegt: „*Da sich der Patient oftmals – wie auch hier – in der bedrängenden Situation einer schweren Sorge um seine Gesundheit oder gar sein Überleben befindet und er daher zu einer ruhigen und sorgfältigen Abwägung*

[1183] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), m.w.N.

[1184] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), in Bestätigung von BGHZ 153, 148 = NJW 2003, 1313 (1314); hierzu näher Staudinger/*Schlosser*, BGB, § 305 Rdnr. 38, m.w.N.

[1185] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988), m.w.N.

vielfach nicht in der Lage sein wird, bestehen ihm gegenüber nach Treu und Glauben […] vor Abschluss einer solchen Vereinbarung aber besondere Aufklärungspflichten […] bei deren Verletzung dem Honoraranspruch des Wahlarztes der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegen steht […].“[1186]

Der Patient muss danach so früh wie möglich über die Verhinderung des Wahlarztes unterrichtet und das Angebot unterbreitet werden, von einem bestimmten Vertreter zu den vereinbarten Bedingungen behandelt zu werden.[1187] Der *BGH* erachtet demnach eine gesonderte Aufklärungspflicht über die Person des Operateurs dann als angemessen, wenn der Patient eine Wahlleistungsvereinbarung geschlossen hat.

2. Stellungnahme und Ausblick

a. Subsidiarität des Kontrollprinzips

Die vorliegende Entscheidung ist überaus lehrreich für das Zusammenspiel des präventiven Dreistufensystems, von Kontroll- und Informationsprinzip. Die Ausführungen des *BGH* zur Gültigkeit von Individualvereinbarungen entfalten vor diesem arztrechtsdogmatischen Hintergrund Überzeugungskraft: Da gemäß § 305 Abs. 1 S. 3 BGB eine Inhaltskontrolle nach §§ 307 ff. BGB ausscheidet, stützt sich der *BGH* bei der Frage nach der Gültigkeit der Individualvereinbarung zunächst (auf der ersten Stufe) auf das Prinzip des *informed-contract*. Angesichts der typischen Schwäche eines materialen Gerechtigkeitsdenkens insbesondere im Hinblick auf den anzulegenden Maßstab[1188] sind strukturelle Ungleichgewichtslagen in erster Linie über eine Aufklärung der unterlegenen Partei abzufedern.[1189] Eine inhaltliche Vertragskorrektur ist wegen des damit verbundenen tiefgreifenden Eingriffs in die Vertragsfreiheit erst dann angezeigt, wenn das bewegliche System zur Erfüllung

---

[1186] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988).

[1187] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (988); zudem muss der Patient auf die Vertretervereinbarung hingewiesen werden, wenn sie in unmittelbarem Zusammenhang mit der Wahlleistungsvereinbarung getroffen wird. Dazu muss der Patient auf die Möglichkeit zum Verzicht einer Inanspruchnahme wahlärztlicher Leistungen aufmerksam gemacht werden. Keine Unterrichtung bedarf es hingegen darüber, dass der Wahlarzt auch für die Behandlung durch den Vertreter liquidationsberechtigt ist, vgl. BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987 (989).

[1188] *Canaris*, AcP 200 (2000), 273 (303).

[1189] *Kling*, Sprachrisiken, S. 221 f., m.w.N.; ferner hierzu *Riesenhuber*, in: Riesenhuber/Karakostas, Inhaltskontrolle, S. 1. Allgemein zum Zusammenspiel vom Schutz- und Informationsmodell auch *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz, S. 225 ff., m.w.N. Dem deutschen Privatrechtssystem ist – im Gegensatz zu anderen Rechtsordnungen, vgl. hierzu etwa *Ranieri*, in: Riesenhuber, Privatrechtsgesellschaft, S. 377 ff., m.w.N. – eine vertragliche Gerechtigkeitskontrolle grundsätzlich fremd, vgl. pars pro toto *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 2 Rdnrn. 37 ff.; *Leyens/Schäfer*, AcP 210 (2010), 771 (788); Staudinger/*Coester*, Eckpfeiler, Kap. E Rdnr. 1; *Heinrich*, Formale Freiheit, S. 36 ff., m.w.N.

des Verbotstatbestandes führt. Damit ist zugleich die Inhaltskontrolle einer Individualvereinbarung nicht gänzlich ausgeschlossen, reicht der Anwendungsbereich des Kontrollprinzips – dies sei nochmals hervorgehoben – über die §§ 307 ff. BGB hinaus.[1190] Dabei gilt wiederum:[1191] *Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit*, *der subjektiven Äquivalenz*. Wie dargelegt, setzt das Kontrollprinzip ein deutliches Informationsgefälle bzw. einen Mangel an Wahlfreiheit zwischen verschiedenen Alternativen voraus. Andernfalls verbleibt es im Lichte der hohen Bedeutung der Vertragsfreiheit bei der subjektiven Äquivalenz. Das Kontrollprinzip greift damit erst subsidiär, auf der zweiten Stufe des präventiven Dreistufensystems.

b. Informed-contract als dogmatische Grenze

Vorliegend wurde der Privatpatient im Vorfeld der Wahlleistungsvereinbarung über die Verhinderung des Wahlarztes und die verschiedenen Alternativen informiert. Insoweit wurde die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit erheblich gestärkt. Getreu dem subsidiären Stufenverhältnis zwischen *informed-contract* und Kontrollprinzip, setzt der *BGH* im Ergebnis folgende Maßstäbe an die vorvertragliche Patientenaufklärung an: Ist zum Zeitpunkt des bevorstehenden Vertragsschlusses erkennbar oder sogar gewiss, dass der bevorstehende Vertragsschluss nicht den eigentlichen Vertragszweck erfüllen kann, bedarf es einer vorvertraglichen Patientenaufklärung. Die materiale Vertragsfreiheit fordert eine freie Entscheidung über die Integrität des Körpers und damit auch den Schutz vor privatautonomer Selbstbeschränkung.[1192] Der *BGH* bezieht sich in seiner Begründung der aus Treu und Glauben folgenden Aufklärungspflicht auf die in diesem Rahmen entwickelten Rechtsprinzipien des besonderen Rechtsgüterschutzes bzw. des Vertrauensverhältnisses Arzt/Patient. Die Rechtsprinzipien als Mittler zwischen Billigkeit und positivem Recht füllen die Generalklausel des § 242 BGB überzeugend aus. Ungeachtet der Anerkennung der Konstruktion des Arztzusatzvertrages liegt jedenfalls auch der Wahlleistungsvereinbarung mit dem Krankenhausträger ein wesentliches Vertrauenselement in die Person des gewählten Arztes bzw. den Personenkreis der gewählten Ärzte zugrunde. Daraus erwächst die vertragliche Nebenpflicht, den Patienten über die Abweichung von der persönlichen Leistungspflicht aufzuklären. Da der Patient mit der Wahlleistungsvereinbarung bzw. dem Arztzusatzvertrag zum Ausdruck bringt, allein einem bestimmten Arzt bzw. Ärztekreis seine höchsten Rechtsgüter anvertrauen zu wollen, ist er in einer besonders schützenswerten Lage. Wenn der *BGH* ferner ausführt, dass der Patient im Lichte der Gefahrenlage zu einer ruhigen und sorgfältigen Abwägung vielfach

[1190] § 4 B III 2.
[1191] § 3 A I 2 d.
[1192] § 4 B IV.

nicht in der Lage sein wird, fördert diese Argumentation mit der fehlenden tatsächlichen Entscheidungsmöglichkeit des Verbrauchers den zentralen Grund für die Materialisierung des Privatrechts zu Tage. Dem soll durch eine besondere Aufklärungspflicht abgeholfen werden. Getreu dem *informed-contract* Prinzip muss daher der Patient im Vorfeld des Behandlungsvertrages über die Verhinderung des Wahlarztes unterrichtet werden. Da der Patient im vorliegenden Fall in der Tat über die verschiedenen Alternativen im Vorfeld der Individualvereinbarung informiert wurde, bedurfte es systemkonform keiner weiteren inhaltlichen Kontrolle der getroffenen Vereinbarung.

Damit kann zusammenfassend eine Substitution im Wege der Individualvereinbarung wirksam beschlossen werden, wenn der Patient umfassend nach dem *informed-contract* Grundsatz über die jeweiligen Alternativen im Vorfeld der Übereinstimmung aufgeklärt wurde. Subsidiär (auf der zweiten Stufe) kann gleichwohl – wiederum in Abhängigkeit vom beweglichen System – auch bei einer Individualvereinbarung eine Inhaltskorrektur nach dem Kontrollprinzip erforderlich werden.

III. Delegation

1. Die vergütungsrechtliche Grenze von Rechtsprechung und Literatur

Wie bereits kundgetan,[1193] bedarf es im Rahmen des Vergütungsrechts einer Differenzierung zwischen der Substitution (Vertretung) und der höchstpersönlichen bzw. persönlichen Leistungserbringung.[1194] Gemäß § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ gilt eine ärztliche Leistung auch dann als eigene Leistung, wenn sie unter ärztlicher Aufsicht und fachlicher Weisung erbracht wurde. Eine solche Delegation bedarf keiner gesonderten Vertretervereinbarung und entfaltet daher dann aparte Bedeutungskraft, wenn eine Vertretervereinbarung fehlt oder unwirksam ist.[1195] Während die Vertretervereinbarung einen Eingriff in den Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht darstellt, ist dies bei der Delegation ärztlicher Leistungen anders: Da eine delegierte Leistung als eigene Leistung im Sinne von § 4 Abs. 2 GOÄ gilt, genügt sie dem Grundsatz der persönlichen Leistungspflicht. Insofern muss die persönliche von der höchstpersönlichen Leistungserbringung im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 1 GOÄ differenziert werden.[1196]

Vor diesem Hintergrund sieht sich die Rechtspraxis wiederholt mit der Frage konfrontiert, welche Handlungen konkret der Arzt delegieren darf ohne seinen

---

[1193] § 5 A.

[1194] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnrn. 4 f.

[1195] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 7.

[1196] Zur Unterscheidung zwischen persönlicher und höchstpersönlicher Leistungserbringung auch *Noll*, Persönliche und höchstpersönliche Leistung, passim.

Vergütungsanspruch zu gefährden bzw. zu verlieren. Diese Problematik hat in den letzten Jahren die gebührenrechtliche Diskussion maßgeblich geprägt.[1197] Einigkeit besteht vorweg darüber, dass der liquidationsberechtigte Arzt keineswegs sämtliche Leistungen höchstpersönlich erbringen muss.[1198] Auf der anderen Seite ist es wegen der bestehenden Weisungsabhängigkeit nicht gestattet, den Delegationsempfänger in völliger Eigenregie tätig werden zu lassen. Für den Zwischen- bzw. Graubereich hat die Rechtsprechung im weitgehenden Gleichklang mit der Literatur[1199] – daraus erwuchs der systematische Ansatz dieser Arbeit –[1200] mehrheitlich individuelle Einzelfallaussagen getroffen. An dieser Stelle soll allein ein kurzer Ausschnitt dargeboten werden: So soll etwa der liquidierende Arzt die Leistung leitend und eigenverantwortlich erbringen, der Leistung demnach ein *persönliches Gepräge* geben.[1201] Dafür muss der Wahlarzt zumindest die grundlegenden Entscheidungen bezüglich der Therapie bzw. der vorzunehmenden Eingriffe persönlich treffen und die Behandlung eigenverantwortlich überwachen.[1202] Teilweise wird daneben verlangt, dass sich der liquidationsberechtigte Arzt zu Beginn, während und zum Abschluss der Behandlung persönlich mit dem Wahlleistungspatienten befasst.[1203] Außerdem wird in Anlehnung an die amtliche Begründung zur dritten Änderungsverordnung der GOÄ gefordert,[1204] dass der Arzt im Einzelfall seiner Verantwortung für die Durchführung delegierter Leistungen auch tatsächlich und fachlich gerecht werden kann.[1205] So müsse der Wahlarzt die *Behandlungsregie* innehalten.[1206] Der *BGH* hat in einem obiter dictum zusätzlich darauf hingewiesen, dass der Wahlarzt allein einfache ärztliche und sonstige medizinische Ver-

---

1197 Vgl. nur den Überblick bei *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen, S. 19 ff., m.w.N.

1198 OLG Hamm, NJW 1995, 2420 (2421); OLG Köln, NJW-RR 2004, 1136 (1137); OLG Oldenburg, Urt. v. 14.12.2011 - 5 U 183/11, Juris, Rdnr. 26; LG Berlin, NJW-RR 1991, 765 (766); LG Hamburg, NJW 2001, 3415 (3416); LG Marburg, VersR 2011, 1565 (1566); AG Aachen, NJW 1976, 1797 (1798); im Überblick ferner *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 7,m.w.N.

1199 Vgl. den Überblick bei *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (59 f.), m.w.N.

1200 Vgl. den Prolog.

1201 OLG Oldenburg, Urt. v. 14.12.2011 - 5 U 183/11, Juris, Rdnr. 26; OLG Köln, MedR 2009, 290 (292); LG Bonn, MedR 1997, 81 (82); Urt. v. 04.02.2004 - 5 S 207/03, Juris, Rdnr. 10; AG Charlottenburg, Urt. v. 26.02.1998 - 13 C 497/97, Juris, Leitsatz 2; *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 8; *Genzel/Degener-Hencke*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 87 Rdnr. 14; *Biermann/Ulsenheimer/Weißauer*, NJW 2001, 3366 (3367); *Krämer*, r+s 2002, 353 (356).

1202 OLG Oldenburg, Urt. v. 14.12.2011 - 5 U 183/11, Juris, Rdnr. 26.LG Bonn, MedR 1997, 81 (82); LG Marburg, VersR 2001, 1565 (1566); AG Berlin-Charlottenburg, r+s 1999, 35 (36).

1203 LG Hamburg, NJW 2001, 3415 (3416).

1204 BR-Drs. 118/88, S. 46.

1205 AG Berlin-Charlottenburg, r+s 1999, 35 (36).

1206 LG Bonn, MedR 1997, 81 (82); AG Berlin-Charlottenburg, r+s 1999, 35 (36); vgl. auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 8; *Kalis*, VersR 2002, 23 (24); *Bender*, MedR 2008, 336 (339).

richtungen delegieren darf.[1207] Vermehrt wird im Ergebnis zwischen höchstpersönlich zu erbringenden Kernleistungen und delegationsfähigen Nebenleistungen differenziert.[1208] Ein wichtiger Aspekt bei dieser Aufteilung ist die Ausbildung des liquidationsberechtigten Arztes: Sind etwa die Angehörigen der Heilhilfsberufe für einen bestimmten Behandlungsschritt besonders ausgebildet, liegt es gerade im Interesse des Patienten, dass *nicht* der liquidationsberechtigte Arzt tätig wird.[1209] Diese Leistungen gehören dann zu den delegationsfähigen, wenn nicht sogar delegationspflichtigen Nebenleistungen. Als weiteres Differenzierungskriterium kann als Reaktion auf die moderne, arbeitsteilige Medizin auf die Größe der Behandlungseinrichtung verwiesen werden.[1210] Erfolgt die Delegation im Rahmen eines Kleinkrankenhauses, werden sich aufgrund des weniger ausgeprägten Spezialisierungsgrades weniger Delegationsspielräume eröffnen als im Großklinikum.[1211] Diesbezüglich greift erneut die Trennung nach dem Ausbildungsgrad: Weist ein bestimmter, nicht liquidationsberechtigter Arzt eine besondere Subspezialisierung auf, entspricht es wiederum dem Patienteninteresse, dass dieser Spezialist und nicht etwa der liquidationsberechtigte Arzt höchstpersönlich tätig wird. Es wird deutlich: Die Rechtsprechung hat mit der arztrechtlichen Literatur einen Strauß an Zulässigkeitskriterien für die gebührenrechtliche Delegation gebunden. Die generalisierende Gerechtigkeit, verbürgt durch eine privatrechtsdogmatische Integration, bleibt durch diese Fallgruppenbildung bzw. Einzelfallrechtsprechung wiederholt auf der Strecke.

2. Kontrollprinzip als dogmatische Grenze

Ausgehend von diesem Befund bedarf es auch für den Umfang der Delegation im Vergütungsrecht einer allgemeingültigen, die Beliebigkeit eines allein eine individualisierende Gerechtigkeit optionierenden Dezisionismus´ eindämmenden, systematischen Grenzbildung.

Weiterführend ist dabei ein erneuter Rückgriff auf das Kontrollprinzip, wie es sich positivrechtlich insbesondere der Regelung des § 2 Abs. 3 S. 2 GOÄ entnehmen lässt. Danach sind im Falle von wahlärztlichen Leistungen Honorarvereinbarungen bei vollstationären, teilstationären sowie vor- und nachstationären Leistungen nur in Bezug auf vom Wahlarzt *höchstpersönlich* erbrachte Leistungen zuläs-

---

[1207] BGHZ 175, 76 = NJW 2008, 987.

[1208] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 9; *Miebach*, in: Uleer/Miebach/Patt, Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, § 4 GOÄ Rdnr. 55; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 82; *Bender*, MedR 2008, 336 (338).

[1209] Vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 9.

[1210] Zu dieser Differenzierung im Rahmen der Vertretervereinbarungen bereits § 5 B I 2 c bb (3).

[1211] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 4 GOÄ Rdnr. 10; krit. hierzu *Bender*, MedR 2008, 336 (343 f.).

sig. Daher besteht eine Delegationsmöglichkeit im Sinne von § 4 Abs. 2 S. 1 Alt. 2 GOÄ innerhalb einer individuellen Gebührenvereinbarung nicht.[1212] Der Grund für diese eingeschränkte Delegationsmöglichkeit liegt nun im jenen Kontrollprinzip, da aufgrund des bereits eingehend beschriebenen Informationsgefälles bzw. Abhängigkeitsverhältnisses Arzt/Patient die materiale Vertragsfreiheit des Patienten und damit auch die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit gering sind. Zudem setzt eine Delegation grundsätzlich keine vorangegangene Vereinbarung bzw. Patienteninformation voraus.[1213] Eine abweichende Gebührenvereinbarung würde nun bei einer weiterführenden Delegationsmöglichkeit zu einer wesentlichen Verschiebung des Äquivalenzverhältnisses zu Lasten des Patienten führen.[1214] § 2 Abs. 3 S. 2 GOÄ bringt damit allein den allgemeinen Rechtsgrundsatz zum Ausdruck, dass bei Nichterfüllung einer versprochenen Leistung im Gegenzug auch keine Vergütung hierfür erfolgreich verlangt werden kann.[1215] Wird eine solche Vereinbarung getroffen, liegt – wie schon die Ausführungen zu der Gültigkeit einer Vertretervereinbarung gezeigt haben –[1216] eine derartig tiefgreifende Äquivalenzstörung vor, dass keine Vergütung für eine delegierte Leistung verlangt werden kann. Allgemein kann damit erneut anhand des entwickelten Grenzsystems festgehalten werden: Eine zum Verlust des Vergütungsanspruchs führende Äquivalenzstörung liegt dann vor, wenn eine Delegation so erheblich in die Prinzipien des arztrechtlichen Grenzsystems eingreift, dass die Geltendmachung des ärztlichen Vergütungsanspruchs treuwidrig erscheint. Im Geiste dieses arztrechtsdogmatischen Grundsatzes muss für den jeweiligen Einzelfall ermittelt werden, ob die Geltendmachung des (erhöhten) Vergütungsanspruchs gerechtfertigt werden kann. Dies wird dann – gleichsam als Untergrenze – nicht der Fall sein, wenn sich die ärztliche Leistung im Ergebnis als eine allgemeine Krankenhausleistung im Sinne von § 2 Abs. 2 S. 1 KHEntgG darstellt. In diesem Fall erbringt der Patient eine erhöhte Vergütung, ohne eine äquivalente Gegenleistung zu erhalten. Eine Delegation führt mithin dann zu einer Äquivalenzstörung und damit zum Entfallen des Vergütungsanspruchs wegen Nichtleistung, wenn eine aufschiebbare ärztliche Behandlung eine allgemeine Krankenhausleistung darstellt.[1217] Allgemein gilt erneut:[1218] *Je höher der Rang eines Rechtsprinzips, je schwerer der drohende Eingriff, je intensi-*

[1212] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 GOÄ Rdnr. 18; *Taupitz*, MedR 1996, 533 (537), je m.w.N.

[1213] Vgl. § 5 B I 1.

[1214] So nahezu wörtlich *Taupitz*, MedR 1996, 533 (537); dem beipflichtend *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 2 GOÄ Rdnr. 18.

[1215] *Taupitz*, MedR 1996, 533 (537). An dieser Stelle sei nochmals darauf hingewiesen, dass § 2 GOÄ allein Abweichungsgrenzen für die Vergütungsseite setzt. Veränderungen des Leistungskatalogs, etwa im Rahmen einer Vertretervereinbarung, sind weiterhin grundsätzlich möglich.

[1216] Erneut § 5 B I 2 c bb (3).

[1217] So auch LG Hamburg, NJW 2001, 3415 (3416), zu der Vertretungsklausel.

[1218] § 2 B I 2 d.

ver die Gefahr durch gegenläufige Rechtsprinzipien, je geringer die Möglichkeit zu einem effektiven Selbstschutz und je schwächer das Gewicht widerstreitender Rechtsprinzipien, desto stärker ist das jeweilige Rechtsprinzip im Abwägungsprozess zu gewichten.

Daher kann insgesamt festgehalten werden: Substitution und Delegation ärztlicher Leistungen erfahren ihre Grenzen in der objektiven Äquivalenz bzw. konkret im Kontrollprinzip. Anhand des beweglichen, arztrechtlichen Grenzsystems bedarf es der Grenzermittlung, ob die Geltendmachung eines erhöhten Vergütungsanspruchs gerechtfertigt ist. Auf diese Weise wird der Arbeitsteilung ärztlicher Leistungen eine arztrechtsdogmatische und demnach eine generalisierende Gerechtigkeit optionierende Basis zugrundegelegt, die für den Einzelfall, der Gewährleistung der individualisierende Gerechtigkeit, fruchtbar gemacht werden kann

IV. Exkurs: Sozialversicherungsrecht

Tangierten die bisherigen Ausführungen die Auswirkungen der Arbeitsteilung auf den Vergütungsanspruch gegenüber dem privaten Wahlleistungspatienten, soll abschließend in der gebotenen Kürze auf die sozialversicherungsrechtlichen Wirkungen der Substitution bzw. Delegation eingegangen werden.

Es wurde bereits anhand systematischer Argumente begründet,[1219] dass ungeachtet des sozialversicherungsrechtlichen Einflusses auch der Behandlungsvertrag mit einem Kassenpatienten privatrechtlicher Natur ist. Die Besonderheit eines derartigen Vertrages liegt nun darin, dass den Kassenpatienten a priori keine Vergütungspflicht trifft, sodass der Behandlungsvertrag mit dem Kassenpatienten grundsätzlich kein Synallagma aufweist.[1220] So schuldet die gesetzliche Krankenkasse aus dem Sachleistungsprinzip gemäß § 2 Abs. 2 SGB V dem Versicherten die ärztliche Behandlung gemäß § 28 Abs. 1 SGB V. Die ärztliche Behandlung umfasst danach jene Tätigkeit des Arztes, die zur Verhütung, Früherkennung und Behandlung von Krankheiten nach den Regeln der ärztlichen Kunst ausreichend und zweckmäßig ist. Nach § 15 Abs. 1 S. 1 SGB V wird die ärztliche Behandlung dabei von Ärzten erbracht; sind Hilfeleistungen anderer Personen erforderlich, dürfen sie nur dann erbracht werden, wenn sie vom Arzt angeordnet und von diesem verantwortet werden, § 15 Abs. 1 S. 2 SGB V. Das SGB V kennt damit, vergleichbar mit § 4 Abs. 2 GOÄ, ebenfalls einen Arztvorbehalt. Dieser grundsätzlich das Rechtsverhältnis Kassenpatient-GKV betreffende Arztvorbehalt entfaltet dabei auch im Verhältnis GKV-Behandlungsseite Geltungskraft.[1221] Dies folgt schon aus der privatrechtlichen Natur des Behandlungsvertrages mit dem

[1219] § 4 B I 1 c.
[1220] Vgl. § 4 B I 3 b cc.
[1221] Hierzu im Einzelnen *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (63 f.), m.w.N.

Kassenpatienten, sodass auch der allgemeine privatrechtliche Grundsatz greift, dass für eine Nichtleistung keine Vergütung verlangt werden kann. Daher kann die Behandlungsseite ihren Vergütungsanspruch gegenüber der GKV allein unter der Voraussetzung geltend machen, dass die Behandlung durch ausreichend qualifiziertes Personal durchgeführt wurde.[1222] Diese kurze Skizze bezüglich der Auswirkungen des Arztvorbehalts auf den Vergütungsanspruch gegenüber den GKV-Träger soll verdeutlichen: Das privatrechtliche Äquivalenz- bzw. Kontrollprinzip gilt auch in diesem Rechtsverhältnis. Insoweit finden im Grundsatz die bereits im Rahmen des Privatliquidationsrechts aufgestellten Grundsätze des beweglichen Systems Anwendung: Eine zum Verlust des Vergütungsanspruchs führende Äquivalenzstörung liegt dann vor, wenn eine Delegation derart tiefgreifend in die Prinzipien des arztrechtlichen Grenzsystems eingreift, dass die Geltendmachung des ärztlichen Vergütungsanspruchs treuwidrig erscheint. Vergleichbar verhält es sich mit dem (vorgeschalteten) Informationsprinzip: Darf der Kassenpatient (ausnahmsweise) davon ausgehen, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden, gebietet es erneut das arztrechtliche Grenzsystem, dass er vor dem Vertragsschluss über eine etwaige Verhinderung unterrichtet wird. Insofern gelten – auch im Dienste der Einheit der Arztrechtsordnung –[1223] keine sozialrechtlichen Besonderheiten.

V. Zusammenfassung

Insgesamt lässt sich die vergütungsrechtliche Grenze der arbeitsteiligen Medizin als Ergebnis eines Abwägungsprozesses innerhalb des beweglichen, arztrechtlichen Systems beschreiben. Die Grenzprinzipien müssen gewährleisten, dass der formal geltende Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung auch material abgesichert wird. Diese Absicherung erfolgt auf der ersten Stufe durch den *informed-contract* Grundsatz. Darf der Patient davon ausgehen von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden, muss er über eine ärztliche Arbeitsteilung im Vorfeld des Vertrages darüber informiert werden. Diesem Gedanken folgend bedarf es vor einer Individualvereinbarung über die Substitution einer umfassenden Aufklärung bezüglich der bestehenden Alternativen. Unterbleibt eine solche Patienteninformation ist subsidiär auf der zweiten Stufe eine inhaltliche Vertragskorrektur gerechtfertigt, wenn der Verbotstatbestand nach dem Kontrollprinzip erfüllt ist. Dies ist etwa bei einer solchen Vertretervereinbarung als AGB dann der Fall, wenn die Substitution durch einen nicht besonders qualifizierten Substituten ermöglicht wird bzw. sie den Fall der anfänglichen Unmöglichkeit erfasst. Endlich erfolgt auf der dritten Stufe des präventiven Dreistufensystems eine Kontrolle

[1222] *Spickhoff/Seibl*, NZS 2008, 57 (64).
[1223] Dazu sogleich § 6 B II.

durch das Arzthaftungsrecht. Dieser haftungsrechtlichen Grenze der arbeitsteiligen Medizin ist nun das abschließende Kapitel gewidmet.

§ 6 Die arzthaftungsrechtliche Grenze

A. Privatrechtliche Arzthaftung

Die privathaftungsrechtliche Grenzbildung der arbeitsteiligen Medizin lässt sich nach den beiden zentralen Haftungsgründen des Arzthaftungsrechts, Behandlungs- (vgl. I.) und Aufklärungsfehler (vgl. II.) strukturell aufgliedern.[1224] Dabei soll anhand ausgewählter Beispiele die praktische Tauglichkeit des arzthaftungsrechtlichen Grenzsystems illustriert werden. An den nachfolgenden Ausführungen wird erkennbar, dass bereits aktuell in vielfacher Weise auf ein bewegliches System bei einer derartigen Grenzermittlung zurückgegriffen wird. Die nachfolgenden Zeilen wollen daran erinnern, freilich – und darin ist der tiefgreifende Unterschied zur bisherigen Rechtspraxis verankert – wiederum auf der Basis eines in diesem Rahmen entwickelten, sowohl individualisierende als auch vor allem generalisierende Gerechtigkeit optionierenden Grenzsystems.

[1224] Näher zum Begriff des Haftungsgrundes bereits S. 80 ff., m.w.N. Dazu auch *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 198 f., ebenfalls m.w.N.

I. Haftungsgrund: Behandlungsfehler

Als erster Haftungsgrund soll dabei eingangs der Behandlungsfehler in den Mittelpunkt rücken, liegt doch der eigentliche Vorwurf gegenüber der Behandlungsseite regelmäßig weniger in der unterbliebenen bzw. fehlerhaften Aufklärung, sondern eher in dem Behandlungsfehler.[1225] Das allgemeine Haftungsrecht kennt mit dem Verschuldensprinzip ein freiheitssicherndes Element, dem im Arzthaftungsrecht im Lichte der Therapiefreiheit eine besondere Bedeutung zufällt. Dieser Grundsatz wird aber durch zahlreiche Verhaltensgebote im Sinne von Verkehrspflichten eingeschränkt.[1226] Das Verschuldensprinzip gestattet dem Arzt nur solange bzw. soweit die Handlungsfreiheit, wie er den Sorgfalts- bzw. Verkehrspflichten seines Berufes genügt. Die Berufshaftung des Arztes gründet auf der Außerachtlassung des medizinischen Soll-Standards, sodass sich die Arzthaftung als schuldhafte Verletzung einer ärztlichen Berufs- bzw. Verkehrspflicht skizzieren lässt.[1227] Ärztliches Handeln wird damit allgemein durch haftungsrechtliche Vorgaben eingeschränkt. Dieser wiederholende Rückgriff auf die bereits dargestellten Grundlagen der Arzt- bzw. Behandlungsfehlerhaftung soll im Folgenden auf den Bereich der Arbeitsteilung konkretisiert werden. Die Rechtsprechung ist bei der Bestimmung der haftungsrechtlichen Grenze der Arbeitsteilung einmal mehr von einer Vielzahl von Einzelentscheidungen geprägt. Ein solides arztrechtsdogmatisches Fundament ist jedoch auch diesbezüglich bis zum heutigen Tag nicht entwickelt worden. Die nachfolgenden Ausführungen sollen anhand ausgewählter Problemfelder als Entwicklungsbeitrag dienen.

1. Entstehung und Intensität von Sorgfaltspflichten

Die allgemeinen Verkehrspflichten gründen primär auf dem Gedanken, dass derjenige, der eine Gefahrenlage schafft bzw. in seinem Bereich andauern lässt, die nach den Umständen erforderlichen Sicherungsmaßnahmen zum Schutz anderer Personen zu treffen hat.[1228] Für den Pflichtenkreis im Rahmen der Arbeitsteilung bedeutet dies, dass die Behandlungsseite eine Koordinierungspflicht als Verkehrspflicht trifft, die Zusammenarbeit auf der horizontalen bzw. vertikalen Ebene zu organisieren.[1229] Die Behandlungsseite, in der Regel der Krankenhausträger, muss daher die arbeitsteilige Erfüllung der Behandlungspflichten durch eine entspre-

---

[1225] Der Behandlungsfehler bildet insoweit den „*Nukleus der Arzthaftung*“, so *Spickhoff*, NJW 2011, 1651 (1654). Viele Verfahren wegen verletzter Aufklärungspflicht stellen daher „*verkappte Kunstfehlerprozesse*“ dar, vgl. Soergel/*ders.*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 60.

[1226] § 3 B I 2.

[1227] § 4 B II 1.

[1228] Erneut § 4 B II 1.

[1229] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 76.

chende Koordinierung gewährleisten.[1230] Allgemeine betriebliche Organisationspflichten im Sinne von Verkehrspflichten münden in besondere ärztliche Pflichten zur Koordinierung der jeweils konkreten Behandlungsabläufe, um den Gefahren bzw. Risiken für den Patienten durch die Arbeitsteilung entgegenzuwirken.[1231] Dabei muss immer für den Einzelfall eruiert werden, ob eine Koordinierungspflicht im Sinne einer Gefahrabwendungspflicht der Behandlungsseite besteht. Dieses klassische Begründungsmodell für die Entstehung einer Berufs- bzw. Verkehrspflicht bedarf, wie ebenfalls bereits aufgezeigt,[1232] im Arzthaftungsrecht einer Ergänzung um die Übernahmehaftung. Danach erwachsen der Behandlungsseite infolge der Übernahme der ärztlichen Behandlung haftungsrechtliche Verkehrspflichten zum Schutz und zur Erhaltung des Patientenwohls.

Das Arzthaftungsrecht zeigt nun wiederholt, dass eine exakte Bestimmung der einzelnen Verhaltenspflichten bzw. die Voraussetzung für dessen Entstehung oftmals immer für den Einzelfall festgestellt werden muss.[1233] So hat sich infolge einer vielfältigen Rechtsprechung eine breitgefächerte Diskussion bezüglich des ärztlichen Pflichtenkatalogs im Bereich der Arbeitsteilung herauskristallisiert.[1234] Auf der Ebene der horizontalen Arbeitsteilung gilt dabei der allgemeine Grundsatz, dass die an der Behandlung beteiligten Ärzte den spezifischen Gefahren und Risiken der Arbeitsteilung entgegenwirken müssen.[1235] Bezüglich der Delegation ärztlicher Leistungen auf nichtärztliches Personal herrscht gleichzeitig Konsens, dass Behandlungsaufgaben – außerhalb von ärztlichen Kernleistungen – nur auf hinreichend qualifizierte Personen delegiert werden dürfen.[1236] Die konkreten Einzelheiten sind dabei freilich einmal mehr sehr umstritten.[1237] In der Literatur wird sich oftmals (wohl im Dienste der praktischen Übersicht) einer Fallgruppenbildung bedient, wonach nicht delegationsfähige, generell delegationsfähige und im Einzelfall delegationsfähige Leistungen differenziert werden.[1238] Dem Ziel und

---

[1230] MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 717; 722 insbesondere mit einzelnen Beispielen für die entsprechenden Koordinierungspflichten.

[1231] *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 53; vgl. ferner zum Zusammenhang zwischen allgemeinen Organisationspflichten und den ärztlichen Koordinierungspflichten MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 716, m.w.N.

[1232] § 4 B II 1.

[1233] Allgemein hierzu *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2, S. 414.

[1234] Für die Anforderungen im Rahmen der horizontalen Arbeitsteilung etwa *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnrn. 54 ff.; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnrn.726 ff., je m.w.N.; bezüglich der vertikalen Arbeitsteilung *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 76; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnrn. 702 ff., je m.w.N.

[1235] *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 54.

[1236] Hierzu im Einzelnen *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465 ff.), m.w.N.

[1237] *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 BGB Rdnr. 76, m.w.N.

[1238] Vgl. etwa die derartige Übersicht von Kern, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 45 Rdnrn. 5 ff.; ferner *Katzenmeier/Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin, S. 46 ff.; *Wienke*, in: Wienke/Dierks, Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin, S. 113 (115 ff.); *Peikert*, MedR 2000, 352 ff., je m.w.N. Hierzu auch bereits der Prolog.

Anspruch der vorliegenden Arbeit entsprechend soll an dieser Stelle keine reine Darstellung der bisherigen Einzelrechtsprechung bzw. eine Ergänzung der bereits bestehenden Darstellungen erfolgen, sondern vielmehr eine allgemeingültige Grenzformel aufgestellt werden, die bisherige Ergebnisse dogmatisch absichert und auch für zukünftige Einzelfälle Geltung entfalten kann. Hierbei soll sich erneut – wiederum im methodischen Vorzug gegenüber der reinen Fallgruppenbildung –das arztrechtliche Grenzsystems als zielführend erweisen:[1239] Eine Verkehrspflicht ist danach umso eher zu bejahen, je höher der Rang des Rechtsguts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Interessen ist. Dabei steigen mit der Eingriffsintensität gleichzeitig auch die Verhaltensanforderungen an den Gefahrenverursacher. Daher kann eingangs als Grundregel aufgestellt werden: „*Je größer die Zahl der an Diagnose und Therapie beteiligten Ärzte, Techniker und Hilfskräfte, je komplizierter und gefährlicher die apparativen und medikamentösen Mittel, je komplexer das arbeitsteilige medizinische Geschehen in einem großen Betrieb, desto mehr Umsicht und Einsatz erfordern die Planung, die Koordination und die Kontrolle der klinischen Abläufe*“.[1240]

Ist mit der Substitution bzw. der Delegation einer ärztlichen Leistung eine tiefgreifende Gefahr für die höchsten Rechtsgüter des Patienten verbunden, welcher zudem aufgrund seiner regelmäßig bestehen Abhängigkeit auch nur eine geringe Möglichkeit zum Selbstschutz hat, kann diese Arbeitsteilung in der Regel nicht durch gegenläufige Interessen der Behandlungsseite gerechtfertigt werden. Der Richter muss daher im Einzelfall eine Abwägung anhand dieses beweglichen Grenzsystems vornehmen, um dann die Existenz bzw. Einhaltung der entsprechenden Organisations- bzw. Koordinationspflichten zu beurteilen.

2. Vertikale Arbeitsteilung

a. Anfängeroperation

Exemplarisch für die Anwendung dieses Grenzsystems bei der Begründung und Intensivierung von Organisations- bzw. Koordinationspflichten ist die Rechtsprechung zu den sogenannten Anfängeroperationen.[1241] Im Dienste einer fach- und praxisgerechten Ärzteausbildung müssen auch Anfänger bzw. noch in der Fachausbildung befindliche Ärzte Operationen und andere medizinische Maßnahmen vornehmen können, ohne dass eine solche Behandlungsübernahme freilich zu

---

[1239] Diesbezüglich schon § 3 B I 2.

[1240] So *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 101 Rdnr. 1; vgl. auch *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, Einl. Rdnr. 4.

[1241] Vgl. BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655; NJW 1985, 2193; NJW 1992, 1560; NJW 1993, 2989; NJW 1994, 3008; NJW 1998, 2736.

Lasten des betroffenen Patienten erfolgt.[1242] Daher muss selbstredend auch bei einer derartigen Behandlung der Facharztstandard sichergestellt werden.[1243] Die mit der Anfängerbehandlung einhergehenden höheren Verletzungsgefahren für den Patienten sind voll beherrschbar und müssen somit durch besondere Gegenmaßnahmen ausgeglichen werden; andernfalls verlagert sich die Beweislast auf die Behandlungsseite.[1244] Nach der ständigen Rechtsprechung nimmt nun der erforderliche Überwachungsumfang mit dem Erfahrungs- und Kenntnisstand des jeweiligen Anfängers ab.[1245] Es gilt: Je fortgeschrittener der Arzt und weniger komplikationsträchtig der vorzunehmende Eingriff ist, desto geringer und lockerer können die flankierenden Maßnahmen des Facharztes sein.[1246] Diese Richtschnur ist im Ergebnis eine konsequente Umsetzung des beweglichen Systems zur Entstehung und Intensität von Sorgfaltspflichten. Insoweit fügt sich die ärztliche Berufshaftung in das allgemeine, privatrechtliche Haftungssystem ein. In gleicher Weise überzeugend lässt sich das bewegliche Grenzsystem in der zweiten Kategorie der arbeitsteiligen Behandlungsfehler, dem Übernahmeverschulden, zur Anwendung bringen. Mit der (vertraglichen) Übernahme einer ärztlichen Behandlung erwachsen der Behandlungsseite haftungsrechtliche Verkehrspflichten zum Schutz und Erhaltung der Gesundheit der Patienten. So richtet sich nach dem *BGH* das Übernahmeverschulden als Behandlungsfehler nach dem Ausbildungsstand, der Art und Schwierigkeit der Operation, dem Erfahrungsstand gerade mit dem anstehenden Eingriff oder ähnlichen Operationen, die von ihm schon in anderen Fällen bewiesene Geschicklichkeit bzw. Besonnenheit und die gewissenhafte theoretische Vorbereitung auf die Operation.[1247] Gemäß diesen Kriterien muss anhand des beschriebenen komparativen Satzes beurteilt werden, ob im Einzelfall ein

---

[1242] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 209.

[1243] Aus der ständigen Rechtsprechung BGH, NJW 1998, 2736 (2737); ferner *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 134; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 24; *Greiner*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 823 Rdnrn. 10 f., m.w.N.

[1244] Stellvertretend BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 (657); ferner aus der umfangreichen Literatur *Deutsch*, NJW 1984, 650 (651); *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 24; *Katzenmeier*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. XI Rdnrn. 115 ff.; *Terbille*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 680; *Gounalakis*, NJW 1991, 2945 (2946).

[1245] BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 (656); NJW 1992, 1560 (1561); OLG Koblenz, NJW 1991, 2967 (2968) („*Anfänger sind unter Aufsicht an die verschiedenen Schwierigkeitsstufen heranzuführen*"); OLG München, Urt. v. 31.01.2002 - 1 U 3145/01, Juris, Rdnr. 35; aktuell LG Aachen, BeckRS 2010, 14864.

[1246] Vgl. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 209; *Deutsch*, NJW 1987, 1480 (Die Anleitung und Überwachung hat „*um so dichter zu erfolgen, je weniger Erfahrung der Assistent bislang gesammelt hat*"); ferner Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 33; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 678; *Laufs/Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 100 Rdnr. 23; *Gounalakis*, NJW 1991, 2945 (2946); *Heilmann*, NJW 1990, 1513 (1516); umfassend hierzu ferner *Mehringer*, Anfängeroperation, S. 109. Streitig ist, ob der aufsichtsführende Arzt ein Facharzt sein muss, hierzu im Überblick Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 33, m.w.N.

[1247] BGHZ 88, 248 = NJW 1984, 655 (657).

Übernahmeverschulden des Anfängers vorliegt. In diesem Sinne hat der *BGH* konsequenterweise für den Fall einer konkreten, lebensbedrohlichen Krankheit einen Übernahmefehler angenommen, wenn ein anderes Krankenhaus für das schwere Leiden eine deutlich bessere Heilungschance bieten kann.[1248] Umfang und Intensität der ärztlichen Berufs- bzw. Verkehrspflicht sind damit innerhalb der Anfängeroperation systemkonform nach den allgemeinen Kriterien des arztrechtlichen Grenzsystems zu ermitteln.

b. Delegation auf nichtärztliche Hilfspersonen: erste Parallelnarkoseentscheidung des BGH

Über das Streitfeld der Anfängeroperation hinaus findet diese Methode der Grenzbestimmung in der Rechtsprechung ferner Anklang bei der Frage nach der allgemeinen Grenze der Delegation ärztlicher Leistungen auf nichtärztliche Hilfspersonen. Dies macht in vorderster Linie die erste Parallelnarkoseentscheidung des *BGH* deutlich,[1249] die bis zum heutigen Tag für die Bestimmung der arztrechtlichen Delegationsgrenzen als maßgeblich gilt.[1250] Dort wurde es als unzulässig erachtet, einen mit der Narkoseüberwachung beauftragten Medizinalassistenten ohne wichtigen Grund unbeaufsichtigt zu lassen und gleichzeitig eine andere Narkose zu betreuen. Die Urteilsbegründung ist dabei von systematischer Klarheit geprägt, da es das Maß der vom Arzt zu beachtenden Sorgfalt nach der Größe der von dem Patienten abzuwendenden Gefahren bemisst.[1251] Dieser Grundsatz wurde auch den weiteren Entscheidungen des *BGH* zur Parallelnarkose zugrundegelegt.[1252] Der Arzt darf danach umso eher nichtärztliche Hilfspersonen mit der Durchführung ärztlicher Maßnahmen betrauen, je geringer die theoretische und praktische Gefährdungsmöglichkeit des Behandelten ist.[1253]

[1248] BGH, NJW 1989, 2321 (2322); hierzu *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 415. Vgl. zu den vorvertraglichen Informationspflichten (*informed contract*) in diesen Fällen § 4 B IV.

[1249] BGH, NJW 1974, 1424.

[1250] Vgl. hierzu in erster Linie die Ausführungen bei *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 ff.; ferner *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, § 1 Rdnrn. 199 f.; *Kern*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 45 Rdnr. 8. Zum mit der Parallelnarkose einhergehenden erhöhten Patientenrisiko auch FAZ v. 09.03.2007.

[1251] BGH, NJW 1974, 1424 (1425); hierzu näher *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465).

[1252] Vgl. stellvertretend die zweite Parallelnarkoseentscheidung BGHZ 85, 393 = NJW 1983, 1374 (1377); in der zweiten, dritten, vgl. BGHZ 95, 63 = NJW 1985, 2189, und vierten, vgl. BGH, NJW 1993, 2989, Parallelnarkoseentscheidung war die Delegation von Anästhesieleistungen auf noch unerfahrene Assistenzärzte („*Anfängeroperation*") streitgegenständlich, hierzu näher *Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (467).

[1253] So überzeugend auch OLG Dresden, MedR 2009, 410 (411); *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 723; *Hahn*, NJW 1981, 1977 (1981); *Heinze/Jung*, MedR 1985, 62 (67); vgl. *auch Spickhoff/Seibl*, MedR 2008, 463 (465).

3. Horizontale Arbeitsteilung: eingeschränkter Vertrauensgrundsatz zwischen Anästhesist und Operateur

Erweist sich danach das bewegliche System des Arztrechts bei der Grenzermittlung im Rahmen der vertikalen Arbeitsteilung bzw. Delegation als sehr praktikabel, gilt dies in gleicher Weise für die horizontale Arbeitsteilung. Dabei ist grundsätzlich der sogenannte Vertrauensgrundsatz maßgeblich,[1254] wonach der an der Behandlung beteiligte Arzt auf die fachliche Richtigkeit der zuarbeitenden Kollegen vertrauen darf.[1255] Dies gilt insbesondere für den klassischen Anwendungsfall der horizontalen Arbeitsteilung: dem Zusammenspiel zwischen Anästhesisten und Operateur. Eine gegenseitige Überwachungspflicht beherbergt die Gefahr, dass zusätzliche Risiken für den Patienten entstehen, wenn Operateur und Anästhesist ihre Kräfte zugunsten einer gegenseitigen Überwachung zersplittern.[1256] Auf der anderen Seite gilt der Vertrauensgrundsatz freilich dann nicht, wenn massive oder deutliche Hinweise Anlass zum Zweifel geben. Dann muss der Arzt selbstständig und eigenverantwortlich nachprüfen, ob die Diagnose bzw. Therapie des Überweisenden tatsächlich zutrifft.[1257]

In der jüngsten Kompetenzaufteilungsentscheidung[1258] hat der *BGH* den Vertrauensgrundsatz für das Zusammenspiel zwischen Anästhesist und Operateur weiter verfeinert und dahingehend eingeschränkt, dass im Hinblick auf die abstrakte Wertigkeit der betroffenen Rechtsgüter besondere Vorsicht geboten ist, wenn sich der Arzt im Rahmen des Vertrauensgrundsatzes auf die Diagnose eines Berufskollegen verlässt.[1259] Der (übernehmende) Arzt muss demnach umso eher eine selbstständige und eigenverantwortliche Überprüfung der Diagnose bzw. Therapiewahl vornehmen, desto tiefgreifender sich nach dem beweglichen System der Eingriff in die Rechtsgüter des Patient darstellt. Können sich gerade aus den von den beteiligten Fachrichtungen vorgesehenen Methoden oder Instrumenten besondere Risiken ergeben, bedarf es zum Schutze des Patienten einer verstärkten Koordination bzw. Abstimmung der einzelnen Behandlungsschritte.[1260] Mit dem

---

[1254] Zum Vertrauensgrundsatz in der vertikalen Arbeitsteilung etwa *Quaas*, in: Quaas/Zuck, § 13 Rdnr. 127.

[1255] Stellvertretend BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779; *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 381; *Spindler*, in: Bamberger/Roth, BGB, § 823 Rdnr. 599; MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 721; Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 31; *Pflüger*, Krankenhaushaftung, S. 158. Zum Vertrauensgrundsatz ferner bereits § 1 B I 3 a bb.

[1256] So nahezu wörtlich BGH, NJW 1991, 1539 (1539 f.).

[1257] BGH, NJW 1994, 797 (798); Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 73, m.w.N.

[1258] Aus dem Strafrecht vorhergehend BGH, NJW 1980, 649; NJW 1980, 650; frühere privatrechtliche Kompetenzaufteilungsentscheidungen BGHZ 89, 263 = NJW 1984, 1400; NJW 1987, 2293; NJW 1991, 1539.

[1259] BGHZ 140, 309 = NJW 1999, 1779 (1781); vgl. auch NJW 1989, 1536 (1538); jüngst ferner OLG Köln, VersR 2011, 81 (81 f.); allgemein Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnr. 73.

[1260] BGHZ 140, 30 = NJW 1999, 1779 (1781). Dieser komparative Satz gilt auch für das Zusammenspiel zwischen Arzt und pharmazeutischem Unternehmer: Je unerprobter, risikoreicher und um-

Gefahren- und Risikopotential der Arbeitsteilung steigen damit gleichzeitig nach den allgemeinen Grundsätzen die Verkehrs- bzw. Koordinationspflichten.

Zusammenfassend bildet das arztrechtliche Grenzsystem die haftungsrechtliche Grenze der arbeitsteiligen Medizin im Bereich des Behandlungsfehlers. Die Anforderungen an die ärztlichen Berufs- bzw. Verkehrspflichten steigen nach den allgemeine Vorgaben mit dem Rang des Rechtsguts, der Intensität des Eingriffs, der Intensität der Gefahr sowie der Möglichkeit zum Selbstschutz. Wie anhand ausgewählter Problemfelder gezeigt wurde, ermöglicht dieser arztrechtsdogmatische Ansatz eine Grenzbildung, die – mit *Canaris* –[1261] zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallgerechtigkeit in besonders glücklicher Weise vermittelt.

4. *Exkurs: Auswirkung des Behandlungsfehlers auf den Vergütungsanspruch*

Die arzthaftungsrechtliche Grenzziehung im Bereich der Behandlungsfehlerhaftung soll mit einem Exkurs bezüglich der Auswirkung des Behandlungsfehlers auf den ärztlichen Vergütungsanspruch schließen. So finden sich – nicht zuletzt aufgrund der vornehmlichen praktischen Relevanz – zahlreiche Ausführungen zu den haftungsrechtlichen Folgen des Behandlungsfehlers.[1262] Insbesondere im Bereich der Arbeitsteilung stellt sich jedoch die dogmatisch interessante Frage, inwiefern etwa der Vergütungsanspruch der Arztpraxis bzw. des Krankenhausträgers gefährdet ist, wenn der Behandlungsseite ein Behandlungsfehler unterläuft.[1263] Vergütungsrechtliche und haftungsrechtliche Grenze der Arbeitsteilung fließen an dieser Stelle ineinander über. Für den vorliegenden Rahmen bietet sich daher ein kurzer Überblick zu diesem arztrechtsdogmatisch interessanten Problemkreis an.
Das Zusammenspiel zwischen Vergütungsanspruch und Behandlungsfehler ist deswegen problematisch, weil dem Patienten im Rahmen des Behandlungsvertrages allein ein Kündigungsrecht nach §§ 626 ff. BGB zusteht. Ein Rücktritts- oder Minderungsrecht besteht hingegen, im Unterschied etwa zum Kaufs- oder Werkvertragsrecht, gerade nicht.[1264] Hat der Patient nun die Vergütung entrichtet und stellt sich dann heraus, dass die Behandlung fehlerhaft war, kann er eigentlich den Vertrag kündigen und anschließend die Vergütung gemäß §§ 628 Abs. 1 S. 3 BGB zurückverlangen. Problematisch ist nun aber, dass regelmäßig zu diesem Zeitpunkt der Behandlungsvertrag nicht mehr existiert und dann dementsprechend

---

strittener ein Arzneimittel ist, umso höher gestalten sich auch die Anforderungen an die ärztlichen Sorgfaltspflichten bei der Verabreichung, vgl. BGH, NJW 1968, 1181 (1182); *Möllers*, Rechtsgüterschutz, S. 238 f. Fn. 308, m.w.N.

1261 Vgl. Prolog.

1262 Daher wird in diesem Rahmen auf derartige Ausführungen verzichtet; diesbezüglich näher zu den einzelnen Haftungsgrundlagen Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Anh. I Rdnrn. 7 ff.

1263 Hierzu etwa *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440 ff.; *Teumer*, VersR 2009, 333 ff.

1264 *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440 (1441); vgl. näher *Peukert*, AcP 205 (2005), 430 ff., zu der Frage, ob die Minderung ein allgemeiner Rechtsbehelf ist.

nicht mehr gekündigt werden kann.[1265] Daher wird die Frage aufgeworfen, ob und wenn ja, wie, der Patient nach Vertragsende die Vergütung vom fehlerhaft leistenden Arzt zurückverlangen kann. Ein Schadensersatzanspruch gemäß § 280 Abs. 1 BGB bzw. §§ 823 ff. BGB auf Freistellung von Honoraranspruch bzw. Rückzahlung des gezahlten Honorars scheitert regelmäßig an der fehlenden Kausalität, da der Honoraranspruch auch bei ordnungsgemäßer Behandlung zu befriedigen gewesen wäre.[1266] Als privatrechts- und arztrechtsdogmatisch überzeugende Lösung – dieser Lösungsbeitrag soll hier genügen – bietet sich ein Rückgriff auf § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 i.V.m. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB an. Danach kann das zum Zwecke der Erfüllung einer Verbindlichkeit Geleistete auch dann zurückgefordert werden, wenn dem Anspruch eine Einrede entgegenstand, durch welche die Geltendmachung des Anspruchs dauernd ausgeschlossen wurde. Im Fall der Vergütung einer ärztlichen Leistung leistet der Patient bzw. die Krankenkasse in der Tat solvendi causa. Allerdings liegt beim Behandlungsfehler als Schlechtleistung grundsätzlich allein eine vorübergehende Einrede im Sinne von § 320 BGB vor, da in der Regel eine Nacherfüllung von Natur aus möglich ist. Allerdings wird der Patient bei einem Behandlungsfehler regelmäßig kaum bereit sein, eine Nacherfüllung aus dem Bereich zu gestatten, der den zu behebenden Behandlungsfehler herbeigeführt hat.[1267] Im Sinne der Rechtsprinzipien Rechtsgüterschutz bzw. Vertrauensverhältnis Arzt/Patient liegt bei einem Behandlungsfehler daher regelmäßig eine dauerhafte Einrede vor, sodass die Voraussetzungen eines Rückzahlungsanspruchs aus §§ 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 813 Abs. 1 S. 1 BGB grundsätzlich erfüllt sind.[1268] Daher ist ein Rückzahlungsanspruch zumindest für den Fall zuzusprechen, in denen nach der objektiven Äquivalenzkontrolle gemäß den Kriterien des beweglichen Systems eine Äquivalenzstörung anzunehmen ist. Dies wird in der Regel bei schwerwiegenden Behandlungsfehlern der Fall sein, sodass nicht bei jedem Behandlungsfehler der Arzt der Gefahr einer Rückzahlungsforderung ausgesetzt ist.[1269] Insgesamt lässt sich als Bilanz festhalten, dass der Patient auch nach Vertragsende einen bereicherungsrechtlichen Rückzahlungsanspruch bezüglich des gezahlten Honorars hat. Dies gilt nach dem Äquivalenzprinzip zumindest für den Fall eines schwerwiegenden Behandlungsfehlers.

[1265] *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440 (1441).

[1266] *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440 (1441 f.).

[1267] Näher zur eingeschränkten Geltung des Vorrangs der Nacherfüllung beim Behandlungsvertrag *Ballhausen*, NJW 2011, 2694 ff.

[1268] Man könnte insoweit von einer objektiv-teleologischen, vor allem verfassungskonformen Auslegung des § 813 BGB sprechen. Anders aber *Schütz/Dopheide*, VersR 2006, 1440.

[1269] Daher ist der Einwand von *Teumer*, VersR 2009, 333 (335 f.), wenig stichhaltig, wonach es von Zufälligkeiten abhinge, wann eine Dienstleistung so schlecht sei, dass sie das Entfallen des Vergütungsanspruchs rechtfertige. Das bewegliche System kann greifbare Kriterien liefern, auf die für eine Einzelfallentscheidung zurückgegriffen werden kann.

II. Haftungsgrund: Aufklärungsfehler

Im Anschluss an die Grenzziehung im Rahmen des Behandlungsfehlers sind die nachfolgenden Ausführungen den systematischen Schlussfolgerungen beim Aufklärungsfehler gewidmet. Der Umfang der Aufklärungspflichten richtet sich allgemein in erster Linie nach der Indikation, der Zwischenfallprognose sowie der Typizität und dem Ausmaß des Risikos,[1270] sodass Parallelen zu einem beweglichen System zumindest erkennbar sind. Im Folgenden konzentrieren sich die Ausführungen jedoch auf die sogenannte *Einwilligung ad personam*. Ihr kommt deswegen eine herausragende Bedeutung für die haftungsrechtliche Grenzermittlung der arbeitsteiligen Medizin zu, weil sie – im Gegensatz zu den heteronomen Schranken des Arzthaftungsrechts – eine patientenautonom gesetzte Grenze ist. Im Einzelfall ist dabei die Existenz bzw. Reichweite der Patienteneinwilligung als Erklärungs- bzw. Kommunikationsakt[1271] zweifelhaft. Die Schwierigkeit der Auslegung, so bereits ein früher Befund von *Flume*, ergibt sich vor allem daraus, dass Wortlaut und Begleitumstände einer Erklärung nicht miteinander im Einklang stehen oder verschiedene, an sich berücksichtigungswürdige Umstände für die Auslegung in Widerstreit treten.[1272] Es ist vor diesem Hintergrund fraglich, welche Partei dieses Kommunikationsverhältnisses das aus dieser Unsicherheit quellende Sprach- bzw. Auslegungsrisiko zu tragen hat.[1273] Hinter dieser Risikoverteilung verbirgt sich der traditionelle Konflikt zweier antinomischer Grundregeln des pandektistischen Auslegungssystems: Willenstheorie auf der einen versus Erklärungstheorie auf der anderen Seite.[1274] Die Auslegung von Rechtsgeschäften oder geschäftsähnlichen Handlungen dreht sich somit im Zweifelsfall um die Auflösung des Interessenskonflikts zwischen Privatautonomieprinzip (scil. Selbstbestimmung bzw. Willensfreiheit) und objektiv ausgelegter Willenserklärung (scil.

[1270] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 283; ferner *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 223 StGB Rdnr. 27; *Quaas*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 13 Rdnr. 85, m.w.N.

[1271] *Kohte*, AcP 185 (1985), 105 (122); hierzu ferner *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 327 ff., *Gödicke*, Formularerklärungen, S. 75, je m.w.N. Hierzu bereits § 4 C I 2 c. Näher zum Kommunikationsmodell der Willenserklärung auch *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung, S. 271 ff.

[1272] So nahezu wörtlich *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 314, der dabei gleichzeitig das Spannungsfeld der Auslegung zwischen Rechtssicherheit und Einzelfallentscheidung skizziert.

[1273] Hierzu aus jüngerer Vergangenheit instruktiv *Kling*, Sprachrisiken, S. 312 ff. et passim. Aktuell wird die Verteilung des Sprachrisikos im Verhältnis Arzt/Patient vor allem bei der Aufklärung ausländischer Patienten, hierzu näher *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 318; Staudinger/*Hager*, BGB, § 823 Rdnr. I 105; *Muschner*, VersR 2003, 826 ff.; aus der Sicht des IPR ferner *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, Art. 26 VO (EG) 864/2007 Rdnr. 24. Zu den Besonderheiten des Fehldeutungsrisikos bei der Patientenverfügung, insbesondere mit der Herbeiführung eines „*künstlichen Dissens*“ *ders.*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnrn. 14 f., m.w.N.

[1274] Vgl. *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 278, unter Verweis auf *Puchta* bzw. *Windscheid* als exponierte Vertreter auf der einen und *Jhering* auf der anderen Seite. Näher zum Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie auch *Wieacker*, JZ 1967, 385 ff.; *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 54 ff. (56), m.w.N., der sogleich das versöhnliche Fazit zieht: „*Der Streit zwischen Willens- und Erklärungstheorie gilt praktisch als erledigt*.“

Selbstverantwortung bzw. Vertrauensschutz).[1275] Auslegung bedeutet im Ergebnis Abwägung mithilfe der allgemeinen Auslegungsgrundsätze.[1276] Widersprechen sich das subjektiv Gewollte und das objektiv Erklärte muss anhand einzelner Abwägungskriterien geprüft werden, welche Partei das Auslegungsrisiko zu tragen hat. Bei der näheren Bestimmung dieser Kriterien und der Risikoverteilung wird wiederholt auf den allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben, § 242 BGB, zurückgegriffen,[1277] der – dies sei einmal mehr angemerkt – Raum für Beliebigkeit schafft und daher konkretisierungsbedürftig ist. Dieser Präzisierung sind die einleitenden Ausführungen gewidmet (vgl. 1.). Darauf aufbauend soll eine vom *BGH*[1278] vorgenommene Abwägung zwischen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung bei der Auslegung einer (vermeintlichen) Einwilligung ad personam auf arztrechtsdogmatische Überzeugungskraft hin überprüft werden (vgl. 2.).

1. Die Patienteneinwilligung als Kommunikationsakt

In der vorliegenden Arbeit wurde herausgearbeitet, dass die Patienteneinwilligung als rechtstechnisches Mittel der Patientenautonomie einzuordnen ist.[1279] Eine derartige Einwilligung ist dabei weder gewöhnliche Willenserklärung noch rechtsgeschäftsähnliche Handlung, sondern eine sogenannte *rechtsgeschäftsähnliche Vertrauensäußerung*. Als Kommunikationsakt ist die Einwilligung kein bloßer Realakt, sondern eine Erklärung; von der typischen rechtsgeschäftsähnlichen Handlung unterscheidet sie das Dispositionsgut:[1280] Der Patient vertraut der Behandlungsseite bzw. dem Vertrauensarzt seine höchsten Rechtsgüter an, sodass die Terminologie der *Handlung* dem besonderen, psychologischen Charakter der Behandlungsbeziehung nicht gerecht wird. Die Patienteneinwilligung ist wie die Willenserklärung zum einen ein willensgetragener, erfolgsbezogener Erklärungsakt. Der Patientenautonomie und damit der Selbstbestimmung werden auf diese Weise Geltung verschafft. Die Eigenschaft als Kommunikationsakt erklärt sich jedoch erst aus der Selbstverantwortung als zweiter Säule der Privatautonomie. Willenserklärung und rechtsgeschäftsähnliche Handlung erfolgen nicht in einem isolierten Raum; vielmehr sind sie Ausdruck eines kooperativen Handelns. Dies wird beim Vertrauensschutz deutlich: Grundsätzlich bleibt der Erklärende zum Schutze Dritter

---

[1275] MünchKomm/*Säcker*, BGB, Einl. Rdnrn. 157 ff.

[1276] Hierzu eingehend *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, S. 18 Fn. 83; 237 et passim, mit dem berechtigten Hinweis, dass in vielen Fällen das Ergebnis der Auslegung so eindeutig ist, dass die Abwägung der einzelnen Argumente nicht in den Vordergrund tritt. Zu der Frage nach dem Rangverhältnis der einzelnen Auslegungsgrundsätze Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 71, m.w.N.

[1277] Stellvertretend MünchKomm/*Säcker*, Einl. Rdnr. 161, *Kling*, Sprachrisiken, S. 336; 348, je m.w.N.

[1278] BGH, NJW 2010, 2580.

[1279] § 4 C I 2 c.

[1280] Ebenfalls bereits in § 4 C I 2 c.

auch dann an seine Erklärung gebunden, wenn er eigentlich einen anderen Erklärungsinhalt intendiert hatte. Demgegenüber ist die Bindungswirkung einer Patienteneinwilligung zwar eingeschränkt;[1281] als Erklärungsempfänger muss aber auch der Arzt grundsätzlich darauf vertrauen können, dass der vorgenommene Eingriff basierend auf der wirksamen Einwilligung des Patienten rechtmäßig ist.[1282] Der Arzt würde einem nicht verantwortbaren Haftungsrisiko ausgesetzt, wenn allein der Wille des Patienten maßgeblich sein soll, ob der Eingriff rechtswidrig ist. Da mit der Patienteneinwilligung in den Rechtskreis eines anderen eingegriffen wird,[1283] ist jene grundsätzlich als empfangsbedürftige Vertrauensäußerung einzuordnen.[1284] Unter Rücksichtnahme dieser Schutzbedürftigkeit ist auch die Patienteneinwilligung der allgemeinen Auslegung nach §§ 133, 157 BGB zugänglich.[1285]

2. Maßgebliche Abwägungskriterien

Eine Erklärung entfaltet dann Geltungskraft, wenn die Abwägung zwischen der vom Empfänger einzuhaltenden Auslegungssorgfalt, der Beachtung des *Erfolgsinteresse*s, und der vom Erklärenden einzuhaltenden Ausdruckssorgfalt, der Berücksichtigung des *Entlastungsinteresses*, zu dem Ergebnis führt, dass das Vertrauen des Empfängers in die Übereinstimmung von Wille und Erklärung schützenswert ist.[1286] Der Erklärungsempfänger kann sich wegen seiner zu beachtenden Ausle-

---

[1281] Deutlich wird dies beim Widerruf einer Einwilligung, der jederzeit formlos erfolgen kann, vgl. BGH, NJW 1980, 1903; umfassend *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 346 ff.; für die Patientenverfügung *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 19. Davon zu trennen ist die Frage nach etwaigen Schadensersatzansprüchen des Arztes, etwa bei kostspieligen Vorbereitungsmaßnahmen, vgl. MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 730.

[1282] Gegen einen Vertrauensschutz aber *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz S. 24 f., m.w.N.

[1283] Zu dieser Voraussetzung für eine Empfangsbedürftigkeit stellvertretend *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 26 Rdnr. 11; Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 1.

[1284] Anders wohl *Berger*, JZ 2000, 797 (801 f.); *A. Roth*, JZ 2004, 494 (499). Sie argumentieren, dass allein der wirkliche Wille maßgeblich sein solle; der objektive Empfängerhorizont müsse daher in den Hintergrund treten. Diese Ansicht überzeugt jedoch, wie dargelegt, nicht, da die Patienteneinwilligung im Rahmen eines Vertrauensverhältnisses Arzt-Patient erfolgt. Gegen die Empfangsbedürftigkeit ferner Staudinger/*Singer*, BGB, § 130 Rdnr. 14; *Baumann/Hartmann*, DNotZ 2000, 594 (607), mit dem nicht tragenden Verweis auf das Testament, das - im Gegensatz zur Patienteneinwilligung - gerade nicht in den Rechtskreis eines anderen eingreift.

[1285] BGH, NJW 1980, 1903 (1903 f.); BGH, NJW 2010, 2580 (2581); OLG Köln, MedR 2009, 478; *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 341 f.; Staudinger/*Hager*, § 823 BGB, Rdnr. I 109, m.w.N. Allgemein für die Auslegung der rechtsgeschäftsähnlichen Handlung BGHZ 47, 352 = NJW 1967, 1800 (1802); NJW 1995, 45 (46); *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 22 Rdnr. 19; Staudinger/*Schiemann*, Eckpfeiler, Kap. C Rdnr. 12; MünchKomm/*Busche*, BGB, § 133 Rdnr. 48; *Ulrici*, NJW 2003, 2053 (2055).

[1286] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 287. Diese Terminologie hat bislang in der Rechtswissenschaft jedoch keinen Widerhall gefunden, obwohl sie treffend die der Auslegung zugrundeliegende Interessenlage beschreibt.

gungssorgfalt bzw. Deutungsdiligenz[1287] nicht darauf verlassen, dass die Erklärung so gilt, wie er sie verstanden hat oder es für ihn am günstigsten ist.[1288] Der *BGH* hat jüngst betont, dass dies besonders dann gilt, wenn erkennbar eine von zwei möglichen Auslegungen für den Erklärenden wirtschaftlich wenig Sinn macht.[1289] Dogmatisch ist diese Empfängerverantwortung bei der Auslegung der rechtlichen Erklärungen im Verweis auf Treu und Glauben in § 157 BGB verankert. Die Rechtsprinzipien als Mittler zwischen positivem Recht und der Rechtsidee lassen sich an dieser Stelle für die Auslegung eines Rechtsgeschäfts bzw. einer geschäftsähnlichen Handlung fruchtbar machen. Auf diese Weise wird der Zurechnung einer Erklärung einem objektiven Ausgangspunkt zugewiesen.[1290] Während sich allgemein im Privatrecht die Auslegung von Willenserklärungen bzw. rechtsgeschäftsähnlichen Handlungen im Spannungsfeld von Selbstbestimmung und Selbstverantwortung bewegt, trifft die Behandlungsseite bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung bereits im Ausgangspunkt eine verstärkte Auslegungssorgfalt. Dies folgt, wie nachfolgend darzulegen sein wird, erneut aus den Grenzprinzipien des beweglichen arztrechtlichen Systems. Im Interesse von Schutz und Wille des Patienten trifft den Arzt einen speziellen Empfängerhorizont, den „*Sollsinn, der für den Empfänger gilt, von den kausalen Vorstellungen des Erklärenden zu scheiden*“.[1291] Es gilt damit auch für die Abwägung zwischen Erfolgs- und Entlastungsinteresse: *Je höher der Rang eines Rechtsprinzips, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr durch gegenläufige Rechtsprinzipien, je geringer die Möglichkeit zu einem effektiven Selbstschutz und je schwächer das Gewicht widerstreitender Rechtsprinzipien, desto stärker ist das jeweilige Rechtsprinzip im Abwägungsprozess zu gewichten*.[1292]

[1287] So etwa *Heck*, AcP 112 (1914), 1 (43).

[1288] Vgl. nur BGH, NJW 2008, 2702 (2704); Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 133 Rdnr. 9, Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 18.

[1289] BGH, NJW 2008, 2702 (2704).

[1290] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 287.

[1291] Vgl. *Heck*, AcP 112 (1914), 1 (44); ferner *Kling*, Sprachrisiken, S. 330 f., m.w.N. *Ders.*, S. 335, et passim, mahnt mit Grund, die Lehre vom objektiven Empfängerhorizont nicht mit subjektiven Elementen zu vermischen. Objektiv-normative Auslegung und individuelle Auslegung sind danach strikt zu trennen; anders noch etwa *Larenz*, Auslegung des Rechtsgeschäfts, S. 74. Im Ergebnis herrscht aber Einigkeit, dass die Lehre vom Empfängerhorizont zumindest um subjektive Elemente *ergänzt* werden muss.

[1292] § 2 B I 2 d. Insbesondere *Bydlinski*, in: Das Bewegliche System, S. 21 (27; 37 f.), sieht im beweglichen System die Möglichkeit zur „*Bewältigung der häufigen Situation, in der die vorfindlichen Auslegungs- oder Rechtsfortbildungsargumente in unterschiedliche Richtungen deuten.*“ Hierzu ferner Kling, Sprachrisiken, S.233 f.; *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung , S. 91 Fn. 246; optimistisch bezüglich der Darstellung der Grundsätze der objektiven Auslegung in einem beweglichen System *Canaris*, in: Das Bewegliche System, S. 103 (106).

a. Aktionslast der Behandlungsseite

aa. Einwilligung als negativer Haftungsgrund

Mithilfe dieser praktischen Konkordanz wird unter Berücksichtigung der Vertragsfreiheit des (überlegenen) Vertragspartners und der zu gewährleistenden Rechtssicherheit (Entlastungsinteresse) eine materiale Privat- bzw. Patientenautonomie gewährleistet. Sie hilft bei der Beantwortung der Frage, welche Erwägungen der Auslegende bei der Ermittlung der normativen Erklärungsbedeutung anzustellen hat.[1293] Dabei werden hinter der Patientenautonomie als zentralem Grenzprinzip innerhalb der Patienteneinwilligung zusätzlich der verstärkte Rechtsgüterschutz und die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient gleichsam transparent: Da die Behandlungsregie beim Patienten liegt, kann nur dieser innerhalb seiner Patientenautonomie das Tor zu seinen Rechtsgütern öffnen; verweigert er den Eingriff, begrenzt das Selbstbestimmungsrecht den ärztlichen Heilauftrag.[1294] Die Freiheit der obersten Rechtsgüter gehört dabei zu den elementarsten Rechten des Patienten und bedarf daher auch eines Schutzes vor privat- bzw. genauer patientenautonomer Selbstbeschränkung.[1295] Der Vertrauensschutz der Gegenseite tritt bei der Auslegung daher umso mehr in den Hintergrund, je stärker der Persönlichkeitsschutz des Patienten angezeigt ist.[1296] Dieser Grundsatz wird in frappanter Weise im bekannten Zahnextraktions-Urteil des *II. Strafsenats* zu Tage gefördert:[1297] Demgemäß erteilt ein Patient, der im Zuge einer unsinnigen, selbstgestellten Diagnose vom Zahnarzt eine umfassende Extraktion seiner Zähne wünscht, keine wirksame Einwilligung in diese Maßnahme. Ungeachtet der Deutlichkeit der zum Ausdruck gebrachten Patientenautonomie ist im Lichte des tiefgreifenden Eingriffs in die Rechtsgüter des Patienten dessen Vorstellungsbild mit einer realistischen medizinischen Beurteilung in Einklang zu bringen.[1298] Damit steigen mit der fehlenden Eingriffsindikation nicht nur die Anforderungen an die

---

[1293] Diese Frage wurde in den Raum gestellt von *Larenz*, Methodenlehre, S. 299.

[1294] Zu dieser Schrankenfunktion § 4 A I 2 a.

[1295] § 3 A I 2 a.

[1296] Vgl. für die ergänzende Vertragsauslegung *Bydlinski*, System und Prinzipien, S. 162 f.; im Ergebnis auch *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (405 f.), bezüglich der Auslegung einer Patientenverfügung; für das Strafrecht *Roxin*, in: FS Welzel, S. 447 (465 ff.).

[1297] BGH, NJW 1978, 1206; allgemein auch *Laufs*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht, Kap. I Rdnr. 29; jüngst ferner *Spickhoff*, in: Lifestyle-Medizin, S. 11 (14). Die in dieser Entscheidung zu Tage tretende Antinomie von Paternalismus und Vertrauensschutz beschreibend auch *Sternberg-Lieben*, NJW 1985, 2734 (2738). Zu der Interdependenz von Eingriffsindikation und Auslegungssorgfalt auch OLG Koblenz, NJW 2008, 1679 (1680); zum Verhältnis von Patientenautonomie und Vertrauensschutz im Strafrecht sogleich § 6 B I.

[1298] BGH, NJW 1978, 1206, krit. hierzu etwa *Paeffgen*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 228 Rdnr. 16, m.w.N.

Patientenaufklärung;[1299] getreu der materialen Patientenautonomie erhöhen sich vice versa die Anforderungen an die Auslegung der Erklärung.

Gleichzeitig bedarf es innerhalb des Abwägungsprozesses der Rücksicht des entgegenstehenden Entlastungsinteresses der Behandlungsseite, insbesondere im Hinblick auf die potentiellen straf- und privathaftungsrechtlichen Rechtsfolgen einer unterbliebenen bzw. fehlerhaften Einwilligung.[1300] Es wäre im praktischen Medizineralltag schlicht nicht durchführ- und zumutbar, dem Arzt eine umfassende Nachforschungsobliegenheit aufzuerlegen.[1301] Der Erklärende (und damit auch der Patient) hat es grundsätzlich im Rahmen seiner Erklärungssorgfalt selbst in der Hand durch einen möglichst präzisen und vollständigen Ausdruck seinen Willen hinreichend deutlich kundzutun.[1302] Daher ist im Ausgangspunkt auch bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung auf den (speziellen) objektiven Empfängerhorizont abzustellen. Dieser allgemeine Grundsatz erfährt jedoch im Arztrecht eine entscheidende Modifikation dadurch, dass die Patienteneinwilligung sich dergestalt von anderen Auslegungsobjekten unterscheidet, dass sie die rechtstechnische Verwirklichung der Patientenautonomie und nicht der (allgemeinen) Privatautonomie ist. Sie legt – konträr zum Zurechnungsprinzip bei der Willenserklärung – fest, wann und unter welchen Voraussetzungen eine andere Partei *nicht* mit einer rechtlichen Pflicht belastet wird. Die Einwilligung des Patienten ist ein *negativer Haftungsgrund*.[1303] Sie dient daher nicht allein der Verwirklichung eines subjektiven Erfolgsinteresses, sondern ermöglicht im Dienste der Behandlungsseite ein Tätigwerden im geschützten Persönlichkeitsbereich des Patienten, ohne einer straf- oder privatrechtlichen Haftungsgefahr ausgesetzt zu sein. Somit ist es nur billig und gerecht, im Zweifelsfall der Behandlungsseite eine Aktionslast aufzuerlegen, das tatsächliche Bestehen einer wirksamen Einwilligung (im eigenen haftungsrechtlichen Interesse) zu gewährleisten.[1304] Es ist in der Tat ein althergebrachter Grundsatz, dass derjenige, der aus einer Vertragserklärung Rechte herlei-

---

[1299] Hierzu stellvertretend BGH, NJW 1973, 556 (557); OLG Köln, MedR 2007, 599; *Spickhoff*, NJW 2009, 1716 (1719); *ders.*, in: Lifestyle-Medizin, S. 11 (15), *Terbille*, in: Terbille, Münchner Anwaltshandbuch, § 1 Rdnr. 388, je m.w.N.

[1300] *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (403); *Bender*, VersR 2010, 450 (451); gegen den Gedanken des Verkehrsschutzes aber *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz, S. 24, m.w.N.

[1301] Vgl. allgemein *Kling*, Sprachrisiken, S. 341, unter Verweis auf die sogenannte „*Spielballtheorie*“, wonach sich die Informationsverantwortung, etwa durch Nachfragen, umdrehen kann.

[1302] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 287; *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 28 Rdnrn. 56 ff.; *Kling*, Sprachrisiken, S. 347 ff.; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 233 f.; zu den (an Bedeutung gewinnenden) Erklärungsrisiken bei der elektronischen Übermittlung von rechtlichen Erklärungen näher *Wiebe*, Elektronische Willenserklärung, S. 233 ff., m.w.N.

[1303] Vgl. etwa § 4 C I 2 a.

[1304] So überzeugend BGB-RGRK/*Steffen*, § 823 Rdnr. 381; *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 234; krit. hierzu hingegen, freilich aus urheberrechtlicher Sicht, *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 342 Fn. 93.

tet, diesen Sinn zwar nicht beweisen muss; das „*non-liquet*" der Auslegung geht aber dennoch zu dessen Lasten.[1305] Das Entlastungsinteresse der Behandlungsseite tritt zudem deswegen regelmäßig bei der Abwägung mit dem Erfolgsinteresse in den Hintergrund, weil sich ungeachtet der Rechtswidrigkeit eines Heileingriffs kein Haftungsautomatismus einstellen wird; regelmäßig liegt ein die Vorsatzschuld nach § 16 StGB (analog) ausschließender Erlaubnistatbestandsirrtum vor, der eine strafrechtliche und a fortiori auch privatrechtliche Haftung ausschließt.[1306]

bb. Datenschutz

Schließlich folgt die Aktionslast der Behandlungsseite im Falle des *non-liquet* aus datenschutzrechtlichen Erwägungen. So hat der *BGH* bezüglich der Weitergabe von Patientendaten bei der Veräußerung einer Arztpraxis entschieden, dass es in der Regel dem Arzt obliegt, die Zustimmung des Patienten zu einer Weitergabe der Patientenunterlagen einzuholen; eine Rechtfertigung der Weitergabe allein anhand einer (scheinbaren) objektiven Interessenslage scheidet aus.[1307] Im Lichte der hohen verfassungsrechtlichen Bedeutung des Rechts auf informationelle Selbstbestimmung sind für die Annahme einer konkludenten Einwilligung in die Weitergabe der Patientendaten hohe Hürden zu überwinden. Es bedarf im Grundsatz einer ausdrücklichen Zustimmung durch den Patienten.[1308] An diese Rechtsprechung knüpfte der *BGH* an, als er die Abtretung einer Honorarforderung eines Rechtsanwalts wegen der damit einhergehenden Auskunftspflicht nach § 402 BGB als nichtig gemäß § 134 BGB einstufte.[1309] Dabei wurde erneut auf die verfassungsrechtliche Bedeutung der Datenweitergabe rekurriert und gleichzeitig postuliert, dass der Rechtsanwalt „*in eindeutiger und unmissverständlicher Weise*" das Einverständnis des Mandanten zur Datenweitergabe einholen müsse.[1310] Ein stillschweigend oder schlüssig erklärtes Einverständnis komme – insofern unterscheide sich die Situation nicht vom Verhältnis Arzt/Patient – im Regelfall nicht in

---

[1305] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 316; Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 63; Instruktiv zum non-liquet bei der Abwägungslast *Riehm*, Abwägungsentscheidungen, S. 105 ff., m.w.N.

[1306] So mit Recht *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (403), m.w.N. Beruht der Irrtum auf Fahrlässigkeit, kommt freilich eine Fahrlässigkeitsstrafbarkeit in Betracht, sofern die fahrlässige Tat mit einer Strafe bedroht ist, vgl. § 15 StGB. Zu der Möglichkeit einer strafrechtlichen Fahrlässigkeitshaftung *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 222 StGB Rdnr. 35; § 223 StGB Rdnr. 87; *Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 16 Rdnr. 22, m.w.N. Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang auch die sogenannte hypothetische Einwilligung, hierzu jüngst *Sowada*, NStZ 2012, 1 ff. Zum Zusammenspiel von privatrechtlicher und strafrechtlicher Rechtswidrigkeit sogleich § 6 B II 2.

[1307] BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737 (739). Bestätigt durch BGH, NJW 1996, 773. Hierzu näher § 4 C II.

[1308] Wiederum BGHZ 116, 268 = NJW 1992, 737 (740).

[1309] BGHZ 122, 115 = NJW 1993, 1638.

[1310] BGHZ 122, 115 = NJW 1993, 1638 (1639).

Betracht.[1311] Diese Rechtsprechung wurde vom *BVerfG* expressis verbis bestätigt.[1312] Daraus folgt für die Auslegungszweifel im Rahmen der Patienteneinwilligung, dass der Arzt nicht ohne weiteres von einer konkludenten Einwilligung des Patienten ausgehen kann. Andersherum trifft die Behandlungsperson die Aktionslast, eine eindeutige Einwilligung einzuholen. So wie es nicht Sache des Patienten ist, der Weitergabe seiner persönlichen Daten zu widersprechen, kann es im Lichte der Patientenautonomie nicht Sache des Patienten sein, der Behandlung durch einen Dritten (nochmals) zu widersprechen, wenn er vorher den Wunsch geäußert hat, von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden. Vielmehr muss der Behandelnde sicherstellen, dass der Eingriff von einer wirksamen Einwilligung des Patienten gedeckt ist.

Insoweit gilt zusammenfassend im Spannungsfeld zwischen Autonomie und Heteronomie, zwischen Selbstbestimmung und Selbstverantwortung, grundsätzlich ein Abwägungsvorrang der Patientenautonomie und damit auch des Schutz- bzw. Erfolgsinteresses gegenüber dem Verkehrsschutz bzw. Entlastungsinteresse.

b. Allgemeine Abwägungskriterien

aa. Deutlichkeit und Personenbezogenheit

Folgt dieses Zwischenergebnis aus den arztrechtsdogmatischen Besonderheiten bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung, lässt sich der konstatierte Abwägungsvorrang anhand der allgemeinen Auslegungsgrundsätze manifestieren. Nicht alle Rechtsgeschäfte oder rechtsgeschäftsähnliche Handlungen fordern eine gleiche Präzision.[1313] Gemäß § 133 BGB ist bei der Auslegung nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften.[1314] Auf diese Einschränkung muss bei der Patienteneinwilligung ein besonderes Augenmerk gerichtet werden: Da die höchsten Rechtsgüter Leben, Gesundheit bzw. körperliche Unversehrtheit betroffen sind, darf die Auslegung der Erklärung nicht in einem formalen Stadium verweilen. Diese Problematik tritt bei der Auslegung der Patientenverfügung eklatant zu Tage: Bei Begriffen wie *irreversiblen Koma* oder *lebensverlängernden Maßnahmen* ist der Beurteilungsspielraum groß. Die gewohnte Wortlautauslegung nach dem allgemeinen Sprachgebrauch hilft hier kaum weiter; im Zweifel versteht jeder Arzt

---

1311 BGHZ 122, 115 = NJW 1993, 1638 (1639).

1312 BVerfGE 106, 28 = NJW 2002, 3619 (3623).

1313 *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 290. Ferner zu den Auslegungsregeln bei Sonderfällen MünchKomm/*Busche*, BGB, § 133 Rdnrn. 23 ff., m.w.N.

1314 Statt vieler BAG, NJW 2010, 394 (396); Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 133 Rdnr. 14; Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 3.

etwas anderes darunter.[1315] Verschärft wird diese Problematik dadurch, dass viele Patientenverfügungen vorformuliert sind,[1316] sodass ein individueller Gehalt schwerlich zu ermitteln ist.[1317] Dabei gilt grundsätzlich: Je mehr die Vertrauensgrundlage durch eine klare und vollständige Ausdrucksweise gestärkt ist, desto weniger ist nach sonstigen Deutungsmöglichkeiten zu fragen.[1318] Vor diesem komparativen Hintergrund sollte der Wortlautauslegung im Rahmen der Patienteneinwilligung eine eher geringere Bedeutung zugemessen werden. Der Patient wird sich – vor allem aufgrund seiner fehlenden Fachkenntnisse und des Autoritätsgefälles – selten in der erforderlichen Klarheit äußern. Insofern liegt im Wortlaut des Patienten immer ein gewichtiges Potential für Missverständnisse. Der Idealfall, dass der Arzt im Rahmen des Vor- bzw. Aufklärungsgesprächs den eigentlichen Willen des Patienten erkennt bzw. ermittelt, ist zudem aus den dargestellten, medizinsoziologischen Gründen immer seltener vorzufinden.[1319] Bei der Patienteneinwilligung treffen demnach zwei Problemkreise aufeinander, die zu einer Entwertung der Wortlautauslegung führen: Zum einen die im Bereich der medizinischen Behandlung geltende Fachsprache, die für den Patienten regelmäßig nicht beherrschbar ist, während gleichzeitig der Arzt den wirklichen Patientenwillen kaum ermitteln kann. Zum anderen die fundamentale Bedeutung der betroffenen Rechtsgüter, die gleichzeitig aber gesteigerte Anforderungen an die Ermittlung des Patientenwillens stellen.[1320] Diese sich widersprechende Gemengelage führt zu der eingeschränkten Bedeutungskraft der Wortlautauslegung. Ihr kommt im Ergebnis – nicht gegen, sondern im Interesse der (materialen) Selbstbestimmung des Patienten – lediglich eine eingeschränkte Indizfunktion zu.[1321] Insbesondere im Lichte der Patientenautonomie und des Rechtsgüterschutzes gilt für die Auslegung einer Patienteneinwilligung: „*Je gewichtiger der Eingriff und je wertvol-*

[1315] Vgl. *A. Roth*, JZ 2004, 494 (498); anders hingegen *Dröge*, BtPrax 1998, 199 (203), der einfach den allgemeinen Sprachgebrauch anwenden will. Er verkennt aber dabei, dass es einen gefestigten Sprachgebrauch hier kaum geben wird bzw. dem Patienten regelmäßig nicht bekannt ist.

[1316] Die AGB-Vorschriften finden jedoch keine Anwendung, vgl. *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (406).

[1317] Vgl. *Roth*, JZ 2004, 494 (498); ferner MünchKomm/*Wagner*, BGB, § 823 Rdnr. 733; wohl zu optimistisch bezüglich des Nutzens von vorformulierten Patientenverfügungen *Coeppicus*, ZRP 2003, 175 (176 ff.); *ders.*, NJW 2011, 2085 (2091).

[1318] So nahezu wörtlich *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 287 f.

[1319] An dieser Stelle sei auf die einleitenden Ausführungen zur Entwicklung des Arzt-Patienten-Verhältnisses verwiesen, vgl. § 1 A.

[1320] Vgl. auch *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (406).

[1321] So auch für die Patientenverfügung *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (405 f.); *ders.*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 12, zu der Relativierung der Verbindlichkeit der Patientenverfügung nach § 1901a Abs. 1 S. 2 BGB; ferner *Taupitz*, Gutachten A, A 118; zurückhaltend auch MünchKomm/Wagner, BGB, § 823 Rdnr. 733; im Überblick *Neumann*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, Vorb. zu §§ 211 ff. Rdnr. 109, m.w.N.

ler das betroffene Rechtsgut, desto eindeutiger muss die Einwilligungserklärung ausfallen."[1322] Die durch dieses Kriterium der Deutlichkeit gezogenen „*Risikogrenze*" verschiebt sich bei der Personenbezogenheit eines Vertrages zugunsten des Erklärenden.[1323] Kommt es dem Patienten gerade auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt an, streitet neben der Patientenautonomie die besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient als Grenzprinzip für die Verwirklichung dieses Patientenwillens.

Dieser Aspekt der Personenbezogenheit leitet gleichzeitig auf eine weiterführende Parallelproblematik aus dem Betreuungsrecht über. So kennt das BGB mit der Patientenverfügung, der Betreuungsverfügung und der Vorsorgevollmacht Rechtsinstitute der antizipierten Selbstbestimmung.[1324] Sie alle sind Formen einer „*selbstbestimmten Fremdbestimmung*".[1325] Während es sich bei der Patientenverfügung um eine vorweggenommene Einwilligung handelt, die das Ausmaß des ärztlichen Handelns im Falle der Einwilligungsunfähigkeit steuern soll,[1326] ist der Begriff der Vorsorgevollmacht weiter zu fassen: Darunter versteht man die Bevollmächtigung einer anderen Person, im Namen und mit Wirkung für den Vollmachtgeber Erklärungen abzugeben, zu denen der Vollmachtgeber selbst infolge des Verlusts der Geschäftsfähigkeit nicht mehr in der Lage ist.[1327] In dogmatischer Hinsicht unterscheiden sich beide Rechtsinstitute demnach in ihrer Einordnung als Einwilligung im Sinne einer rechtsgeschäftsähnlichen Vertrauensäußerung bzw. als Vollmacht im Sinne eines Rechtsgeschäfts. Die Vollmacht und die Einwilligung haben jedoch gemeinsam, dass sie sich zuständigkeitserweiternd verhalten.[1328] Das bedeutet, dass einem Dritten eine Handlungsbefugnis eingeräumt wird. Entscheidend sind freilich neben der bereits angesprochenen Gemeinsamkeit der antizipierten Selbstbestimmung die disponierten Rechtsgüter Leben und Gesundheit. So kommt eine Vorsorgevollmacht gemäß § 1904 Abs. 5 S. 1 BGB auch bezüglich der Einwilligung in eine Untersuchung des Gesundheitszustands, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff in Betracht. Sowohl Patientenverfügung als auch Vorsorgevollmacht umfassen damit begrifflich eine antizipierte Selbstbestimmung in persönlichen Angelegenheiten: die Patientenautonomie. Patientenverfügung und Vorsorgevollmacht haben nun mit der konkreten Eingriffseinwilligung die Auslegungsproblematik gemein: Während die Patientenverfügung nach

---

[1322] *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 339; ferner auch *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, S. 234; vgl. hierzu bereits § 4 C II 2.

[1323] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 291; 299.

[1324] *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (399 ff.); vgl. ferner *Zuck*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht, § 68 Rdnrn. 159 ff.; *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht, passim; *Diehn/Rebhahn*, NJW 2010, 326 ff.; *Dodegge*, FPR 2008, 591 ff, je m.w.N:

[1325] *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (399).

[1326] *Spickhoff*, AcP 208 (2008), 345 (404).

[1327] Palandt/*Diederichsen*, BGB, Vorb. zu § 1896 Rdnr. 5.

[1328] Vgl. nur *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 186.

§ 1901 a BGB nur *bestimmte* Heileingriffe umfasst, bedarf es im Rahmen der Vorsorgevollmacht gemäß § 1904 Abs. 5 S. 2 BGB einer *ausdrücklichen* Bestimmung. Mit diesen Einschränkungen soll vermieden werden, dass allgemeine Äußerungen zu tiefgreifenden Rechtsgüterdispositionen führen.[1329] Dem antizipiert Handelnden soll die Bedeutung und Reichweite seiner Einwilligung bzw. Bevollmächtigung vor Augen geführt werden.[1330] Sowohl Patientenverfügung als auch Vorsorgevollmacht setzen zusammenfassend strenge Bindungsvoraussetzungen hinsichtlich ihrer Bestimmtheit voraus. Da der Anwendungsbereich dieser Institute dadurch nicht unerheblich relativiert wird,[1331] sind diese Einschränkungen im Lichte der Patientenautonomie und der betroffenen Rechtsgüter zweifelhaft. So führt die Tatsache, dass Entscheidungen von Bevollmächtigten – konträr zu denen von Betreuern – nur dann zur Entbehrlichkeit der Genehmigung durch das Betreuungsgericht führen, wenn die Vollmacht die betreffenden Maßnahmen *ausdrücklich* und in Schriftform benennt, de facto zu einer Benachteiligung des Bevollmächtigten gegenüber dem Betreuer.[1332] Dies ist deshalb fragwürdig, weil das deutsche Privatrecht – im Unterscheid zu anderen Rechtsordnungen – im Dienste der Privatautonomie grundsätzlich vom Vorrang der Bevollmächtigung gegenüber hoheitlichen Maßnahmen ausgeht.[1333] Hinzutritt: Der Betreuer, der eventuell keinerlei persönlichen Kontakt mit dem Patienten hatte, wird von der gerichtlichen Kontrolle freier gestellt als der zuvor ad personam benannte Bevollmächtigte.[1334] Aufgrund des dieser ad personam Bevollmächtigung regelmäßig zugrundeliegenden Vertrauensverhältnisses darf diese Vorsorgevollmacht auch im Lichte der Patientenautonomie nicht zu eng ausgelegt werden.[1335] Wie *Canaris* zu Recht ableitet, folgt dies nicht zuletzt aufgrund der fundamentalen Bedeutung der Privatautonomie zur freien Entfaltung der Persönlichkeit.[1336] Ähnlich verhält es sich bei der Patientenverfügung: Sie ist verfassungsrechtlich zum einen als Aus-

---

[1329] Vgl. Palandt/*Diederichsen*, BGB, § 1901a Rdnr. 6, m.w.N.; *Beermann*, FPR 2010, 252 (253). Vgl. zum Bestimmtheitserfordernis auch *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 7.

[1330] So für die Vorsorgevollmacht MünchKomm/*Schwab*, BGB, § 1904 Rdnr. 75.

[1331] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1901a BGB Rdnr. 7, m.w.N.

[1332] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1904 BGB Rdnr. 18, m.w.N.

[1333] Vgl. nur *Fenge*, Selbstbestimmung im Alter, S. 201 (Subsidiaritätsprinzip); *v. Sachsen-Gessaphe*, Betreuer als gesetzlicher Vertreter, S. 255 ff.

[1334] *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1904 BGB Rdnr. 18, m.w.N. Wenn die Besserstellung des Betreuers damit gerechtfertigt wird, dass bei dem Bevollmächtigten im Vorfeld keine abstrakte Kontrolle seitens des Gerichts erfolgt ist, zu diesem Argument *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1904 BGB Rdnr. 18, so berücksichtigt diese Argumentation die Bedeutung des Selbstbestimmungsrecht nur ungenügend, vgl. auch *Uhlenbruck*, in: FS Deutsch (1999), S. 849 (861 f.).

[1335] Vgl. *Spickhoff*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 1904 BGB Rdnr. 18; MünchKomm/*Schwab*, BGB, § 1904 Rdnr. 74.

[1336] *Canaris*, JZ 1987, 993 (994). Zu dieser Argumentation bei der beschränkten Geschäftsfähigkeit ferner § 4 C I 2 c.

druck der Patientenautonomie von Bedeutung; zum anderen wird in diesem Rahmen über die höchsten Rechtsgüter disponiert. Aus diesen Ausführungen kann für die vorliegende Problematik folgende Erkenntnis gezogen werden: Vergleichbar mit der soeben skizzierten Problemstellung bei der Patientenverfügung und der Vorsorgevollmacht darf auch die Eingriffseinwilligung nicht zu eng ausgelegt werden. Die Selbstverantwortung allgemein und konkret beim Behandlungsvertrag als *Vertrauensvertrag* ist vielmehr im Rahmen von Vertrauensverhältnissen eingeschränkt: Nimmt die Gegenseite (Patient) in einer solchen Vertrauensbeziehung in besonderem Maße Vertrauen in Anspruch, wird die Selbstverantwortung reduziert. Je ausgeprägter das Vertrauensverhältnis ist, desto umfangreicher fällt die Aufklärungspflicht aus.[1337] Bei persönlichen Geschäften kann damit allgemein dem Erklärungsempfänger eine weitergehende Willensermittlung zugemutet werden.[1338]

bb. Begleitumstände

Die persönlichen Umstände einer Erklärung erhöhen freilich nicht nur die Anforderungen an die Willensermittlung, sondern sind ferner auch als Begleitumstand einer Erklärung als weiterem Auslegungs- bzw. Abwägungskriterium bedeutsam.[1339] Dies gilt umso mehr für das Verhältnis Arzt/Patient. Als maßgeblicher Begleitumstand treten alle Vorgänge und Zustände in den Erwägungskreis, die den Sinn einer Erklärung bestimmen können.[1340] Dazu gehören etwa Prospekte und Kataloge, der Ort der Erklärung, die allgemeinen Verhältnisse zur Zeit der Erklärung, insbesondere in welchem Sinne und zu welchem Zwecke im Allgemeinen Geschäfte dieser Art getätigt werden, die persönlichen Verhältnisse der an der Erklärung Beteiligten etc.[1341] Neben diesen tatsächlichen, aktuellen Umständen muss aber auch die Vorgeschichte der Erklärung Berücksichtigung finden.[1342] Hierzu gehören wiederum etwa Vorverhandlungen oder auch die Abwicklung früherer Geschäfte.[1343] Bei der Auslegung von rechtlichen Erklärungen muss demnach zwischen früheren und aktuellen Umständen unterschieden werden. Der Interpret hat aus diesen Gegebenheiten das Gesamtverhalten abschließend zu würdigen.[1344] Das Entlastungsinteresse der Behandlungsseite tritt dabei vor allem

---

[1337] § 3 A I 2 b bb (2).

[1338] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 308.

[1339] Vgl. *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 302.

[1340] *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 312.

[1341] Erneut *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 312; ferner *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 28 Rdnr. 42; MünchKomm/*Busche*, BGB, § 133 Rdnr. 55.

[1342] Vgl. nur Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 49, *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil, § 28 Rdnr. 42.

[1343] Statt vieler Palandt/*Ellenberger*, BGB, § 133 Rdnr. 16.; Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 49, je m.w.N.

[1344] Vgl. Staudinger/*Singer*, BGB, § 133 Rdnr. 48, m.w.N.

aufgrund des regelmäßig vorherrschenden Abhängigkeitsverhältnisses in den Hintergrund.[1345] Der Patient wird grundsätzlich kaum darauf drängen (können), dass sein Erfolgsinteresse auch tatsächlich von der Behandlungsseite beachtet wird. Diese ungleiche Machtverteilung geht bei der Auslegung, dies zeigt etwa auch § 305 c BGB, grundsätzlich zugunsten des unterlegenen Vertragspartners. Zudem ist der Arzt bzw. die Behandlungsseite als Vertragspartner regelmäßig[1346] so geschäftserfahren, dass er bzw. sie im Ausgangspunkt eher weiß, welchen Umfang im vorliegenden Fall die jeweilige Einwilligung hat. Da sich der behandelnde Arzt haftpflichtig macht, wenn er den Umfang der Einwilligung nicht beachtet, ist davon auszugehen, dass ein Kenntnisunterschied bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung besteht. Insoweit schließt sich wieder der Argumentationskreis zum negativen Haftungsgrund. Ist der eine Vertragsteil (schon im eigenen Interesse) erfahrener im konkreten Geschäft, verschiebt sich auch diesbezüglich die Risikogrenze, in casu wiederum zu Lasten der Behandlungsseite.

Insgesamt lässt sich für die Abwägung bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung als Kommunikationsakt zusammenfassen, dass die Grenzprinzipien des beweglichen arztrechtlichen Systems die Anforderungen an die Auslegung gemäß §§ 133, 157, 242 BGB maßgeblich konkretisieren. Im Lichte des hohen Rangs der betroffenen Rechtsgüter, der Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und der mit der Patienteneinwilligung verwirklichten Patientenautonomie trifft die Behandlungsseite eine umfassende Obliegenheit zur Willensermittlung, die freilich nur für den Zweifelsfall gilt, mithin von einer allgemeinen Nachforschungsobliegenheit abgegrenzt werden muss. Dieses Abwägungsergebnis wird darüber hinaus durch die allgemeinen Auslegungs- und Abwägungskriterien bestätigt. Demzufolge gilt ein grundsätzlicher Abwägungsvorrang des Erfolgs- und Schutzinteresses gegenüber dem Entlastungsinteresse. Das Auslegungsrisiko einer Patienteneinwilligung trägt damit im Regelfall die Behandlungsseite.

3. Das Auslegungsrisiko bei der Einwilligung ad personam

Mit der Auslegung einer Patienteneinwilligung und der anschließenden Verteilung des Auslegungsrisikos im Rahmen einer Einwilligung ad personam sah sich der *BGH* nun auch in einer aktuellen Entscheidung konfrontiert. Anhand der voranstehenden Auslegungs- bzw. Abwägungsgrundsätze soll diese Rechtsprechung auf die arztrechtliche Systemkonformität hin überprüft werden.

[1345] *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 296 ff.

[1346] Wiederum *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften, S. 293, schränkt mit Grund ein: „*Der qualifizierte Arzt kann blutiger Laie in Fragen des Arztvertrages, ein Stümper im rechtsgeschäftlichen Ausdruck sein*“.

a. Sachverhalt

Einleitend sei zunächst der betreffende Sachverhalt im Überblick geschildert. Die Klägerin litt unter Beschwerden am linken Kniegelenk, sodass sie sich im N.-Hospital in B. im Jahr 2000 behandeln und operieren ließ. Im Jahr 2001 führte der leitende Oberarzt Dr. F im Klinikum der Beklagten drei weitere Eingriffe vor. Als ein weiterer Eingriff bevorstand, fand ein Vorgespräch zwischen Dr. F und der Klägerin statt. Nach einem Aufklärungsgespräch zwischen der Klägerin und Dr. S unterzeichnete sie einen Aufklärungsbogen. Die Operation wurde von dem in der Facharztausbildung befindlichen Dr. M unter Aufsicht von dem Oberarzt Dr. I durchgeführt. Intraoperativ kam es zu Komplikationen, sodass der Oberarzt Dr. I die Behandlung übernahm. Anschließende Eingriffe konnten nicht verhindern, dass die Klägerin weiterhin Knieprobleme hat.

Die Klägerin beruft sich nun darauf, dass ihr Dr. F zugesagt habe, die Operation selbst vorzunehmen; daher sei der Eingriff nicht von ihrer Einwilligung gedeckt gewesen. Sie fordert vom beklagten Krankenhaus Schmerzensgeld und Ersatz des Verdienstausfalls. Das *LG Aachen* hat die Klage abgewiesen. Die Berufung vor dem *OLG Köln* hatte indes Erfolg. Der *BGH* gab der hiergegen gerichteten Revision wiederum statt. Das *OLG München* hat sich kürzlich der sogleich folgenden Argumentationslinie des *BGH* angeschlossen.[1347]

b. Urteilsbegründung der Vorinstanz (OLG Köln)

Nach dem *OLG Köln* ist es zu einem rechtswidrigen, weil nicht von der Einwilligung gedeckten Eingriff infolge eines Organisationsverschuldens des Krankenhauses gekommen.[1348] Da die Einwilligung ad personam auf Dr. F beschränkt gewesen sei, sei der Eingriff durch Dr. M bzw. Dr. I rechtswidrig gewesen.[1349] Sei eine Einwilligung erst einmal ad personam erteilt, dürfe ein Dritter die Behandlung nur nach entsprechender Mitteilung an den Patienten vornehmen.[1350] Auch wer – wie die Klägerin im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages – keinen Anspruch auf die Behandlung durch einen bestimmten Arzt habe, könne trotzdem die Einwilligung ad personam erteilen.[1351] Eine solche Beschränkung könne ausdrücklich erteilt werden oder sich nach §§ 133, 157 BGB aus der Sicht der Behandlungsseite ergeben.[1352] Hier habe der erstbehandelnde Arzt Dr. F der Klägerin im Vorgespräch mitgeteilt, dass er die Operation – sofern möglich –

[1347] OLG München, NJW-RR 2011, 749.
[1348] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1349] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1350] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479), unter Verweis etwa auf OLG Celle, VersR 1982, 46; OLG Düsseldorf, VersR 1985, 1049; OLG Köln, VersR 1997, 115; OLG Hamburg, MDR 1998, 906.
[1351] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1352] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).

selbst durchführen werde.[1353] Aus objektiver Sicht der behandelnden Ärzte, die den erforderlichen Informationsfluss zu gewährleisten hätten, konnte das Verhalten der Klägerin nur dahingehend verstanden werden, dass sie das Krankenhaus der Beklagten nur wegen der Erwartung der Operation durch Dr. F aufsuchte.[1354] Wer eine – verbindliche oder unverbindliche – Absprache über die Person des Operateurs treffe, lege regelmäßig großen Wert darauf, dass der von ihm ausgewählte und jedenfalls grundsätzlich zum Eingriff bereite Arzt tatsächlich tätig wird.[1355] Aufgrund der zuvor erfolgten drei Eingriffe durch Dr. F bestand zudem zwischen diesem und der Klägerin eine besondere persönliche Beziehung.[1356]

c. Urteilsbegründung des BGH

Der *VI. Haftungssenat* des *BGH* verhielt sich dieser Argumentationslinie ablehnend gegenüber und versagte der Klägerin einen Schadensersatzanspruch mit nachstehender Begründung: Bei einem totalen Krankenhausaufnahmevertrag habe die Klägerin grundsätzlich keinen Anspruch von einem bestimmten Arzt behandelt und operiert zu werden.[1357] Allerdings bleibe es dem Patienten unbenommen zu erklären, dass er nur von einem bestimmten Arzt operiert werden wolle.[1358] Sofern die Einwilligung jedoch nicht eindeutig auf einen bestimmten Arzt beschränkt sei, erstrecke sie sich grundsätzlich auch auf die Behandlung durch einen anderen Arzt.[1359] Insoweit unterscheide sich der totale Krankenhausaufnahmevertrag von dem Abschluss eines Zusatzvertrages, bei dem der Arzt die Leistungen grundsätzlich selbst zu erbringen habe.[1360] Das Berufungsgericht verkenne darüber hinaus die Grundsätze einer nach beiden Seiten hin interessensgerechten Auslegung, wenn es meint, dass die Einwilligung der Klägerin ad personam erfolgt sei.[1361] Vor dem Hintergrund des totalen Krankenhausaufnahmevertrages müsse der Patient eindeutig zum Ausdruck bringen, dass er nur von einem bestimmten Arzt operiert werden wolle.[1362] Ansonsten bestünde eine erhebliche Rechtsunsicherheit. Konsequenterweise hat der *BGH* noch kürzlich eine Nichtzulassungsbeschwerde zurückgewiesen, da eine weitere Vernehmung des Ehemannes der Klägerin über die Vorgeschichte der Operationen nichts an der entscheidenden Tatsache ändert:[1363]

[1353] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1354] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1355] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1356] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).
[1357] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).
[1358] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).
[1359] BGH, NJW 2010, 2580 (2581), m.w.N.
[1360] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).
[1361] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).
[1362] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).
[1363] BGH, BeckRS 2012, 01719.

Eine eindeutige Erklärung ihres Willens, die Limitierung der Einwilligung, liegt nicht vor.

d. Eigene Bewertung anhand der maßgeblichen Auslegungsgrundsätze

Der *BGH* löst damit im Rahmen der „*interessengerechten Auslegung*" das Spannungsverhältnis zwischen Erfolgs- und Entlastungsinteresse zulasten der Patientin auf.[1364] Dies kann im Lichte des hier entwickelten, beweglichen Grenzsystems nicht überzeugen.[1365]

aa. Argumentationsline: Wortlaut

In seiner ersten Argumentationslinie fordert der *BGH* von dem Patienten im Rahmen eines totalen Krankenhausaufnahmevertrages, dass er eine Einwilligung ad personam *eindeutig* zum Ausdruck bringen müsse.[1366] Andernfalls bleibe es bei der vertraglichen Möglichkeit des Krankenhausträgers, sich grundsätzlich seines gesamten angestellten (ärztlichen) Personals zu bedienen.[1367] Das Kritikpotential dieses Eindeutigkeitspostulats wurde bereits angedeutet und soll an dieser Stelle abermals aufgegriffen werden. Je mehr die Vertrauensgrundlage durch eine klare und vollständige Ausdrucksweise gestärkt ist, desto weniger ist nach sonstigen Deutungsmöglichkeiten zu fragen:[1368] Nach diesem Grundsatz konnte in casu die Behandlungsseite, auch wenn die Patientin lediglich die persönliche Behandlung erbeten (aber nicht klar und vollständig eingefordert) hatte, keineswegs ohne weitere Deutung von einer umfassenden Eingriffseinwilligung ausgehen. Insbesondere das real existierende Autoritätsgefälle[1369] zur Behandlungsseite birgt die Gefahr, dass der Patient im Zweifel von einer nachdrücklichen Verfolgung seiner eigentlichen Interessen absehen wird. Des Weiteren kann und möchte er regelmäßig nicht die Vertrauensbeziehung zu der Seite gefährden, der er im Anschluss seine Rechtsgüter vertrauensvoll in die Hände legt. Der *BGH* verkennt insoweit das

---

[1364] BGH, NJW 2010, 2580 (2581 f.).

[1365] Krit. gegenüber der interessengerechten Auslegung in diesem Sinne bereits *Flume*, Allgemeiner Teil, S. 314 ff.; aktuell auch MünchKomm/*Busche*, BGB, § 133 Rdnr. 63, m.w.N: „*In neuerer Zeit dringt die Forderung vor, die Auslegung habe eine „nach beiden Seiten interessengerechte Beurteilung" anzustreben, die den Vertragserklärungen einen vertretbaren Sinngehalt gibt. Dieses Postulat drückt einerseits Selbstverständliches aus, bleibt andererseits aber diffus.*" Eine interessengerechte Auslegung dergestalt, dass allein anhand von Wortlaut und Begleitumständen das Auslegungsrisiko zugewiesen wird, kann in der Tat keine Überzeugungskraft entfalten. Zu der Vereinbarkeit der interessengerechten Auslegung mit der Vertragsfreiheit ferner § 5 A II 2.

[1366] BGH, NJW 2010, 2580 (2581).

[1367] BGH, NJW 2010, 2580 (2580 f.); unter Verweis auf OLG Oldenburg, MedR 2008, 295; *Geiß/Greiner*, Arzthaftpflichtrecht, C 15.

[1368] Vgl. bereits § 6 A II 2 b aa.

[1369] Diesbezüglich schon § 4 A II 1.

besondere psychologische Element des Arzt-Patienten-Verhältnisses als Kommunikationsbeziehung. Sie ist – konträr zu anderen Rechtsverhältnissen – grundsätzlich ein *Konfliktvermeidungsverhältnis*. Die Bitte um eine persönliche Behandlung hat in diesem Zusammenhang eine besondere Wirkung. Sie fördert den eigentlichen Willen des Erklärenden an die Oberfläche; ein Festhalten am Postulat der *Eindeutigkeit* verweilt bei der Auslegung entgegen den allgemeinen Grundsätzen im formalen Stadium. Daher sind an die Eindeutigkeit einer Patienteneinwilligung grundsätzlich geringe Anforderungen zu stellen.[1370] Dem Wortlaut kommt eine reine Indizfunktion zu.

Selbst wenn man mit dem *BGH* (objektiv) die fehlende Eindeutigkeit der Einwilligung bemängelt, müsste das Erfolgsinteresse der Patientin das Entlastungsinteresse der Behandlungsseite überwiegen. Es wurde bereits konstatiert, dass in einem Zweifelsfall, wie dem vorliegenden, das bewegliche arztrechtliche Grenzsystem der Patientin das Wort redet. Die Betroffene führte im vorliegenden Fall die Behandlungsregie; allein sie konnte über ihre Rechtsgüter disponieren. Insbesondere im Zahnextraktion-Urteil wurde deutlich:[1371] Der Vertrauensschutz der Gegenseite tritt bei der Auslegung daher umso mehr in den Hintergrund, je stärker der Persönlichkeitsschutz des Patienten angezeigt ist. Die Argumentationsbasis „*Rechtssicherheit*" steht in diesem Lichte auf tönernen Füßen. Ein solches Entlastungsinteresse der Behandlungsseite tritt gerade dann in den Hintergrund, wenn die Freiheit der obersten Rechtsgüter von patientenautonomer Selbstbeschränkung bedroht ist. Da die Patienteneinwilligung einen negativen Haftungsgrund darstellt, wäre es auch im in Rede stehenden Zweifelsfall nur billig und gerecht gewesen, der Behandlungsseite die Aktionslast aufzubürden, sich über die tatsächlich vorliegende, den konkreten Eingriff abdeckende Einwilligung zu vergewissern. Es ist für die Behandlungsseite ein vergleichsweise geringer Organisationsaufwand, in der Krankenakte kurz zu vermerken, dass die Patientin die Behandlung durch einen bestimmten Arzt (Dr. F) wünscht.[1372] Dann hätte ihr zumindest die Möglichkeit offen gestanden, unbehandelt entlassen zu werden. Überdies hätte der Arzt gänzlich davon absehen können, bei der Patientin einen Vertrauenstatbestand zu erwecken.

Zudem sprechen die über diese arztrechtlichen Besonderheiten hinausgehenden allgemeinen Abwägungskriterien für eine Verschiebung der „*Risikogrenze*" zulasten des Erklärungsempfängers: Je gewichtiger der Eingriff und je wertvoller das betroffene Rechtsgut, desto eindeutiger muss die Einwilligungserklärung ausfallen.[1373] Der Vergleich mit der Patientenverfügung bzw. der Vorsorgevollmacht

---

[1370] Vgl. auch zur Schwäche der Wortlautauslegung im Rahmen einer Patienteneinwilligung soeben § 6 II 2 b aa.

[1371] Näher dazu § 6 II 2 a aa.

[1372] Zu diesem Abwägungsgrund des effektiven Selbstschutzes § 2 B I 2 d.

[1373] § 4 C II 2.

hat verdeutlicht: Eine ad personam Bevollmächtigung bzw. Einwilligung mit dem dabei regelmäßig zugrundeliegenden Vertrauensverhältnisses darf nicht zu eng ausgelegt werden.[1374] Da die Bitte um persönliche Behandlung zudem auch datenschutzrechtlich motiviert sein kann, folgt die Aktionslast der Behandlungsseite in casu schon aus diesen Gründen.

Bei der in Treu und Glauben nach § 242 BGB verankerten Abwägung zwischen Erfolgs- und Entlastungsinteresse gilt nach dem diesen allgemeinen Billigkeitsgrundsatz konkretisierenden beweglichen arztrechtlichen System im Zweifelsfall ein Vorrang des Erfolgsinteresses der Patientin. Dieses komparative Verhältnis lässt der *BGH* hier außer Acht, wenn er von jener eine *deutliche* Einwilligung ad personam fordert.

bb. Argumentationsline: Begleitumstände

Neben der Wortlautauslegung werden vom *BGH* im Rahmen der Interessensabwägung ferner die Begleitumstände der Patienteneinwilligung nicht systemgerecht berücksichtigt. Hierzu gehören, wie dargelegt,[1375] alle Umstände der Erklärung, die einen Schluss auf den Sinngehalt zulassen. Hier hat ein Vorgespräch zwischen dem Oberarzt Dr. F und der Patientin stattgefunden, in dem dieser eine persönliche Behandlung nicht verbindlich zugesagt, gleichwohl aber in Aussicht gestellt wurde. Des Weiteren wurde die in Rede stehende Patientin bereits dreimal zuvor von eben jenem Oberarzt operiert. Im Lichte dieser Vorgeschichte der Erklärung, den Vorgesprächen und der Abwicklung früherer Operationen, musste ein objektiver Einwilligungsempfänger grundsätzlich davon ausgehen, dass die Einwilligung der Patientin auf den betreffenden Arzt Dr. F limitiert war. Hilfreich für die Berücksichtigung der Begleitumstände bei der Auslegung einer Patienteneinwilligung wäre ein Blick über die Landesgrenze nach Österreich gewesen: Der *OGH* musste sich in jüngerer Vergangenheit ebenfalls mit der Frage auseinandersetzen, ob der Patient eine Einwilligung ad personam erteilt hat.[1376] Der *OGH* argumentierte wie folgt: Sofern beim Patienten die begründete Erwartung geweckt wird, von einem bestimmten Arzt operiert zu werden, liegt eine schlüssige Vereinbarung über die Operation durch diesen Arzt vor.[1377] Dass der Arzt nicht „*100 %-ig*“ versprochen habe, dass er operieren werde spiele keine Rolle; maßgeblich sei vielmehr, dass der Patient mit hoher Wahrscheinlichkeit erwartet habe und auch erwarten durfte, vom Vertrauensarzt operiert zu werden.[1378] Der *OGH* rekurriert dabei insbeson-

---

[1374] Diesbezüglich § 6 A II 2 b aa.
[1375] § 6 A II 2 b bb.
[1376] OGH, Beschl. v. 26.09.2003 - 30b131/03s; RdM 2006, 21; dieser Linie jüngst auch beipflichtend *Spickhoff*, NJW 2011, 1651 (1654 f.).
[1377] Vgl. OGH, RdM 2006, 21 (23), unter Verweis auf OGH, Beschl. v. 26.09.2003 - 30b131/03s.
[1378] OGH, RdM 2006, 21 (23).

dere auf das besondere Vertrauensverhältnis Arzt/Patient: „*Gerade im chirurgischen Bereich spielt das Vertrauen in den behandelnden Arzt eine große Rolle für die Einwilligung in den Eingriff, was auch für die beklagte Partei klar sein musste. Demnach durfte sie mangels Information über die Änderung in der Person des Operateurs nicht davon ausgehen, dass eine wirksame Einwilligung des Klägers zur Operation vorliege.*“[1379]

Diese Argumentation des *OGH* ist durchweg überzeugend, nimmt sie doch den besonderen Charakter der Arzt-Patienten-Beziehung in die eigenen Ausführungen auf. Insbesondere im Lichte des besonderen Vertrauensverhältnisses Arzt/Patient muss eine Patienteneinwilligung in ihrem Gesamtkontext ausgelegt werden. Wird beim Patient ein Vertrauenstatbestand erweckt, trifft die Behandlungsseite die Obliegenheit, diesen Vertrauenstatbestand auch wieder aufzulösen. Schon dem privatrechtlichen Informationsprinzip liegt folgender Begründungsansatz zugrunde:[1380] Je ausgeprägter das Vertrauensverhältnis ist, desto umfangreicher fällt die Aufklärungspflicht aus. Wird der Vertrauenstatbestand daher wie im vorliegenden Fall aufrechterhalten, kann die Bitte des Patienten nach einer persönlichen Leistungserbringung aufgrund der Begleitumstände bzw. der Behandlungsgeschichte allein als Einwilligung ad personam aufgefasst werden. Dabei muss für den vorliegenden Fall verstärkend berücksichtigt werden, dass nicht nur durch das Inaussichtstellen der persönlichen Behandlung ein Vertrauenstatbestand geschaffen wurde; vielmehr hatte der betreffende Arzt die Patientin bereits dreimal zuvor bezüglich der vergleichbaren Problematik operiert. Wie das *OLG Köln* völlig zu Recht konstatiert, lag daher zwischen diesem Arzt und der Klägerin eine besondere persönliche Beziehung vor.[1381] Auf diese Eigenheit der Behandlungsbeziehung ging der *VI. Haftungssenat* aber nicht näher ein. Er beruft sich allein darauf, dass bei einer interessengerechten Auslegung eine nicht verbindliche Erklärung des Arztes keine Einwilligung ad personam zur Folge haben könne.[1382] Eine unverbindliche Erklärung genügt freilich allein dann nicht, wenn man die Vorgeschichte des Behandlungsverhältnisses ausblendet.

cc. Zusammenfassung

Das arztrechtliche Grenzsystem bewährt sich auch bei der Auslegung von Patienteneinwilligungen. Es konkretisiert die Anforderungen an die Auslegung nach Treu und Glauben und vermittelt auf diese Weise zwischen dem zu beachtenden Erfolgs- und Entlastungsinteresse. Das für die hier intendierte Systemanwendung gewählte Beispiel der Einwilligung ad personam verdeutlicht, dass der *BGH* die privat- und arztrechtsdogmatischen Vorgaben außer Acht lässt, wenn er im vorlie-

---

[1379] OGH, Beschl. v. 26.09.2003 - 30b131/03s.

[1380] § 3 A I 2 b bb (2).

[1381] OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).

[1382] BGH, NJW 2010, 2580 (2581 f.); anders aber OLG Köln, MedR 2009, 478 (479).

genden Fall die fehlende Eindeutigkeit der Einwilligung bemängelt. Im Lichte der betroffenen Grenzprinzipien verstärkter Rechtsgüterschutz, Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient sowie Patientenautonomie, des drohenden, tiefgreifenden Eingriffs bei einer Behandlung ohne Einwilligung, der geringem Möglichkeit des Patienten zu einem effektiven Selbstschutz aufgrund des Abhängigkeitsverhältnisses bei gleichzeitiger effektiver Selbstschutzmöglichkeit der Behandlungsseite, hätte das Auslegungsrisiko der Behandlungsseite übertragen werden müssen.[1383]

[1383] Bei einer Aufklärungspflichtverletzung verbleibt der Behandlungsseite freilich der Einwand der hypothetischen Einwilligung, vgl. hierzu *Katzenmeier*, Arzthaftung, S. 347 ff.; *Bender*, VersR 2010, 450 (453).

B. Strafrechtliche Arzthaftung

Die arzthaftungsrechtliche Grenze der arbeitsteiligen Medizin verläuft dem interdisziplinären Charakter dieser Rechtsmaterie entsprechend über das Privatrecht hinaus in das Strafrecht.[1384] Dabei soll – gemäß dem gesamtsystematischen Anspruch dieser Arbeit – zumindest angedeutet werden, dass die dem Privatrecht entsprungenen, arztrechtlichen Prinzipien neben dem Sozialversicherungsrecht[1385] auch für eine strafrechtliche Grenzziehung fruchtbar gemacht werden können (I.). Diese Annahme ist der Verwandtschaft von Systemgedanken und dem Topos der Einheit der Rechtsordnung geschuldet.[1386] Es kann in diesem Rahmen gewiss nur bei Sensibilisierungen für dieses Thema bleiben; das Verhältnis zwischen dem Arztrecht und der Einheit der Rechtsordnung verdient eine eigene, umfassende Untersuchung. So erscheint es durchaus hinterfragenswert, ob strafrechtliche Wertungen ohne weiteres im Rahmen der privatrechtlichen Arzthaftung bzw. im Privatrecht allgemein Anwendung finden können.

Als Äquivalent zu der vergütungsrechtlichen Grenze rückt dabei zum einen der sogenannte Abrechnungsbetrug gemäß § 263 StGB in den Mittelpunkt. Dort stellt sich wiederholt die Frage, inwiefern einer vergütungsrechtlich unzulässigen Substitution bzw. Delegation eine strafrechtliche Relevanz zufällt (II. 1.). Zum zweiten erfüllt der Arzt mit seinem Heileingriff, wie geschildert, den objektiven Tatbestand der Körperverletzung respektive sogar eines Tötungsdelikts. Eine solche Tatbestandsverwirklichung stellt nur dann kein Unrecht dar, wenn er durch eine wirksame Patienteneinwilligung gerechtfertigt werden kann (II. 2.). Schließlich kann auch die Verletzung der ärztlichen Schweigepflicht auf strafrechtliche Resonanz stoßen. Hierbei bedarf es erneut einer Patienteneinwilligung zur Rechtfertigung (II. 3.).

I. Rechtsprinzipien im Strafrecht

Die Heranziehung von Rechtsprinzipien für die Lösung von strafrechtlichen Problemen unterliegt den skeptischen Blicken der Strafrechtsdogmatik. Insbesondere im Lichte des Gesetzlichkeitsprinzips gemäß Art. 103 Abs. 2 GG erscheint

---

[1384] *Lipp*, in: Duttge, Perspektiven des Medizinrecht, S. IX (X), hat in seinem Grußwort zur Eröffnung des Zentrums für Medizinrecht in Göttingen bezüglich dieses interdisziplinären Charakters treffend angemerkt, dass das Medizinrecht geradezu ein Paradebeispiel dafür sei, dass man zwar die eigene Disziplin beherrschen, zugleich ihre Grenzen aber auch überschreiten müsse, wenn man zu neuen Erkenntnissen gelangen wolle.

[1385] Dazu im Exkurs § 5 B IV.

[1386] Zu diesem Zusammenhang *Larenz*, Methodenlehre, S. 165 f.; *Canaris*, Systemdenken, S. 106.

ein Rückgriff auf ein bewegliches Abwägungssystem zumindest zweifelhaft.[1387] Mit dem Gesetzlichkeitsprinzip soll eine Bestrafung anhand eines diffusen Rechtsgefühls verhindert und somit die Berechenbarkeit der Bestrafung sichergestellt werden.[1388] Darin liegt jedoch gerade eine gewichtige Gemeinsamkeit mit dem Systemdenken bzw. dem darin enthaltenden Anliegen der Rechtsprinzipien. Als Mittler zwischen positivem Recht und reinem Billigkeitsdenken soll der Beliebigkeit einer reinen Billigkeitsjurisprudenz entgegengesteuert werden. Eine Tendenz zu einer derartigen Beliebigkeit wohnt aber vielfach den einzelnen strafrechtlichen Begriffsdefinitionen inne. Ohne in diesem Rahmen tiefer dieses strafrechtsdogmatische Problemfeld betreten zu können, lässt sich doch erahnen, dass der reinen Begriffssubsumtion kaum der im Strafrecht, zumal im Arztstrafrecht, so wichtige Spagat zwischen Einzelfallgerechtigkeit und Rechtssicherheit gelingen wird.[1389] In den mehrheitlichen Fällen handelt es sich bei den Begriffsbestimmungen um einen „*Platzhalter*", der eine Lücke ausfüllt, die gleichwohl in der Hoffnung fortbesteht, dass sich der eigentlich fehlende Maßstab sukzessive durch Präjudizen auffüllen bzw. konkretisieren lässt.[1390]

Den nachfolgenden Straftatbeständen als Grenze der arbeitsteiligen Medizin wohnt diese Problematik in gleicher, ja besonderer Weise inne. So ist beim Abrechnungsbetrug erstens fraglich, ob wirklich eine Täuschung über *Tatsachen* oder nicht lediglich eine davon abzugrenzende Äußerung einer Rechtsansicht vorliegt.[1391] Bis zum heutigen Tag ist keine griffige Differenzierung zwischen fehlerhafter Tatsachenbehauptung und fehlerhafter Fallsubsumtion, zwischen Strafbar-

---

[1387] Hierzu umfassend *Sternberg-Lieben*, Objektiven Schranken der Einwilligung, S. 311 ff., m.w.N. *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (11) Fn. 38, macht jedoch mit Recht darauf aufmerksam, dass sich die objektiv-teleologische Auslegung gleichwohl im Strafrecht einer breiten Beliebtheit erfreut. *Ders.*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (11), macht dabei in erfreulicher Klarheit deutlich, dass die objektiv-teleologische Auslegung gerade nicht zu einer Beliebigkeit einlädt, sondern im objektiven Gesetzeszweck und vor allem in der Verfassung Grenzen findet, die zwischen reiner Billigkeit und positivem Recht vermittelt. Zu diesem Konfliktherd bereits der Prolog.

[1388] *Duttge*, Bestimmtheit des Handlungsunwerts, S. 146, m.w.N. Im Arzneimittelstrafrecht werden im Namen des Gesetzlichkeitsprinzips vor allem Bedenken gegen die Blankettnormen des AMG vorgetragen, vgl. etwa MünchKomm/*Freund*, StGB, Vorb. zu §§ 95 ff. AMG Rdnrn. 44 ff., m.w.N.

[1389] Hierzu näher *Duttge*, Jahrbuch für Ethik und Recht 11 (2003), 103 (106 f.).

[1390] So wiederum treffend *Duttge*, Jahrbuch für Recht und Ethik 11 (2003), 103 (108). Optimistisch dagegen *Hassemer*, Rechtstheorie 39 (2008), 1 (7 f.), der - unter Verwendung des Beispiels des „*Vermögensschadens*" gemäß § 263 StGB - die Alltagssprache des Gesetzes nicht als „*Zufall*" oder „*Unfall*" ansieht; vielmehr transportiere diese Sprache die Informationen, die ein Richter für eine adäquate Subsumtion brauche. Der Autoritätsverlust der reinen Begriffssubsumtion lässt sich jedoch erahnen, wenn man die strafrechtliche Diskussion verfolgt, ob eine empirische Sprachgebrauchsanalyse unter Umständen Verletzungen des Gesetzlichkeitsprinzips entlarven kann, vgl. hierzu *Lorenz/Pietzcker/Pietzcker*, NStZ 2005, 429 ff.

[1391] Vgl. *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 151 Rdnr. Rdnr. 37; *Kindhäuser*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB, § 263 Rdnr. 89; *Beukelmann*, in: Beck-OK, StGB, § 263 Rdnr. 6, je m.w.N.

keit und Nichtstrafbarkeit, erkennbar.[1392] Die reine Begriffssubsumtion muss hier scheitern. Wie lässt es sich sonst erklären, dass der *III. Strafsenat* des *BGH* eine konkludente Täuschung über eine Tatsache nicht nur darüber für möglich hält, dass die geltend gemachte „*Leistung unter die Leistungsbeschreibung dieser Gebührennummer fällt, sondern auch, dass …[die] Leistung zu den kassenärztlichen Versorgungsleistungen gehört und nach dem allgemeinem Bewertungsmaßstab abgerechnet werden kann?*“[1393] Wo verläuft hier die Grenze von der Tatsache zu der bloßen Äußerung einer Rechtsansicht, einem Werturteil? Bei einer Tatsachenbehauptung muss es um Ereignisse, Zustände oder Eigenschaften gehen, deren Feststellung Ziel einer auf die Wirklichkeit bezogenen Beweisführung sein kann.[1394] Im Rahmen der Arbeitsteilung wird man mithilfe der objektiven Beweisführung wohl allein feststellen können, ob jemand eine Leistung höchstpersönlich erbracht hat. In den mehrheitlichen Fällen aber, dies zeigt die bisherige Praxis, handelt es sich jedoch bei der Definition der Tatsache um einen besagten „*Platzhalter*“. Es bedarf keiner weitergehenden Erläuterung, dass diese fehlende Rechtssicherheit mit dem Damoklesschwert der Pönalisierung dem Behandlungsverhältnis nicht zuträglich ist. Ein vergleichbares Problem stellt sich weiter auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes bei der seit jeher problematischen Differenzierung zwischen bedingtem Vorsatz (scil. dolus eventualis) und bewusster Fahrlässigkeit (scil. luxuria).[1395] Da der Betrug ein reines Vorsatzdelikt ist, kommt dieser Abgrenzung eine unter Umständen ebenfalls fallentscheidende Bedeutung zu. Nach der herrschenden Abgrenzungsformel muss der Arzt die Verwirklichung des objektiven Betrugstatbestandes zumindest billigend in Kauf genommen haben.[1396] Die hierfür erforderliche Parallelwertung in der Laiensphäre kann vor allem wiederum im Falle vergütungsrechtlicher bzw. privatrechtlicher Zweifelsfragen überaus strittig sein.[1397]

Bei den Straftaten gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit und bei der Verletzung von Privatgeheimnissen bedarf es außerdem regelmäßig der Patienteneinwilligung als Rechtfertigung, um den Unrechtstatbestand entfallen zu lassen. Da im vorliegenden Rahmen die Grenzen der Patienteneinwilligung an-

---

[1392] So auch die berechtigte Kritik von *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 488; instruktiv zu dieser Fragestellung *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile, passim; näher auch *Hecker*, Strafbare Produktwerbung, S. 220 ff., m.w.N.

[1393] BGH, NStZ 1993, 388 (389); hierzu krit. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 488.

[1394] Stellvertretend *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdnr. 8; *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rdnr. 6, je m.w.N.

[1395] Hierzu statt vieler im Überblick *Safferling*, Vorsatz und Schuld, S. 185 ff., m.w.N. Jüngst stellte sich auch dem *VI. Haftungssenat* die Problematik der Abgrenzung zwischen Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit, vgl. BGH, BeckRS 2012, 03071. Er bezieht sich dabei ohne weiteres auf die besagte (strafrechtliche) Abgrenzungsformel.

[1396] Näher zum subjektiven Tatbestand beim Abrechnungsbetrug *Schuhr*, in: Spickhoff, § 263 StGB Rdnrn. 59 ff.

[1397] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 488; ferner *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 151 Rdnr. 37.

hand eines beweglichen, arztrechtlichen Systems entwickelt wurden, kommt es an dieser Stelle zum Schwur für das Verhältnis von Privat- und Strafrecht, von beweglichem System und Gesetzlichkeitsprinzip.[1398] Das Strafrecht steht insoweit stellvertretend für das eingangs dieser Schrift angesprochene Spannungsverhältnis von Richterbindung und richterlicher Freiheit. Dieser Kreis soll im Folgenden geschlossen werden.

II. Haftungsgründe und Einheit der Arztrechtsordnung

1. *Abrechnungsbetrug*

Der soeben erfolgte Ausflug in die strafrechtliche Methodenlehre ist kein Exkurs oder Selbstzweck, sondern für die hier intendierte interdisziplinäre Grenzbildung zielführend. Dies lässt sich im Rahmen des Abrechnungsbetruges anhand eines weiteren Problemfeldes darlegen, welches nicht nur ebenfalls die soeben angedeutete Problematik in sich trägt, sondern darüber hinaus eine direkte Bezugnahme auf das privatrechtliche System verlangt: es ist die Rede vom Vermögensschaden. So muss beim (Abrechnungs-) Betrug die Vermögensverfügung des Geschädigten kausal zu einem Vermögensschaden geführt haben. Dies bedeutet, dass das betroffene Vermögen unmittelbar nach der Verfügung weniger wert sein muss als vorher.[1399] Stehen sich nun Leistung und Gegenleistung gegenüber, muss festgestellt werden, ob eine Wertdifferenz zwischen den Leistungen vorliegt.[1400] Dabei gilt für die Wertbemessung ein objektiv-individueller Maßstab, sodass zunächst anhand objektiver Kriterien zu ermitteln ist, ob eine Differenz von Leistung und Gegenleistung vorliegt. Ist dies nicht der Fall, muss auf zweiter Stufe eine individuelle Betrachtung (sog. „*persönlicher Schadenseinschlag*“) erfolgen.[1401] Damit wird deutlich: Bei der Feststellung eines Vermögensschadens wird grundsätzlich auf das objektive Äquivalenzverhältnis von Leistung und Gegenleistung abgestellt. Gilt damit im Privatrecht zunächst die subjektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung, ist dies bei der strafrechtlichen Ermittlung eines Vermögensschadens deswegen anders, weil die Autorität der subjektiven Äquivalenz infolge der Täuschung nicht vorhanden ist. Daher bildet auch im Strafrecht die objektive Äquivalenz als arztrechtliches Grenzprinzip die strafrechtliche Grenze der Arbeitsteilung. Es gilt rechtsgebietsübergreifend:[1402] *Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter*

[1398] Vgl. hierzu auch *Sternberg-Lieben*, Objektiven Schranken der Einwilligung, S. 295 ff.; ferner *Duttge*, Jahrbuch für Ethik und Recht 11 (2003), 103 (125).

[1399] *Schuhr*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 263 StGB Rdnr. 36. Vgl. auch zum Zusammenspiel von zivilrechtlichen Wertungen und dem strafrechtlichen Vermögensbegriff *Spickhoff*, JZ 2002, 970 ff.

[1400] Stellvertretend *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdnr. 106.

[1401] *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdnr. 108.

[1402] § 3 A I 2 d.

ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit, *der subjektiven Äquivalenz*. Der Betrugstatbestand ist damit im Ergebnis eine strafrechtliche Ausprägung des privatrechtlichen Kontrollprinzips. Auf diese Weise wird gleichzeitig das arztrechtliche Grenzsystem im Strafrecht bzw. Arztstrafrecht etabliert. Darauf aufbauend lässt sich die strafrechtliche Grenze der arbeitsteiligen Medizin wie folgt bestimmen: Hat die erbrachte Leistung nicht den gleichen Wert, weil sie nicht vom Arzt persönlich, sondern unzulässigerweise von seinem Hilfspersonal erbracht wurde, liegt ein Schaden vor.[1403]

Daneben gilt jedoch für die Bestimmung des Vermögensschadens, wie angedeutet, auch ein individueller Maßstab. Daher kommt ein Vermögensschaden ferner dann in Betracht, wenn ungeachtet einer objektiven Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung im Hinblick auf die speziellen Bedürfnisse und Zwecke des Getäuschten die erbrachte Leistung des Täuschenden kein ausreichendes Äquivalent darstellt.[1404] Dieser Erweiterung des Vermögensschadensbegriffs kommt im Arztrecht eine wichtige Bedeutung zu, wird dadurch auch die Bedeutung des autonomen Willens oder genauer der Patientenautonomie für den Betrugstatbestand herausgestrichen. Die arbeitsteilige Medizin wird durch diesen individuellen Maßstab erheblich eingeschränkt, da ein Vermögensschaden auf dieser Basis für diejenigen Konstellationen in Betracht kommt, in denen ein vergleichbar qualifizierter Arzt die Leistung erbringt. Wird etwa ein ständiger ärztlicher Vertreter aufgrund einer unzulässigen Vertretervereinbarung tätig, liegt unter Umständen eine objektive Äquivalenz von Leistung und Gegenleistung vor; gleichwohl kann aufgrund des individuellen Schadenseinschlags beim Getäuschten ein Vermögensschaden vorliegen, wenn es ihm allein auf die Behandlung durch den gewählten Arzt (des Vertrauens) ankommt. Als Ausprägung des allgemeinen arztrechtlichen Kontrollprinzips wird man daher konsequenterweise einen Vermögensschaden grundsätzlich immer dann bejahen müssen, sofern ein Vergütungsanspruch nach dem Kontrollprinzip des beweglichen Systems entfällt.[1405] Damit wird zum einen der privatrechtliche Einfluss auf das Strafrecht evident und zugleich mit dem beweglichen, arztrechtlichen System ein rechtsgebietsübergreifender, arztrechtsdogmatischer Ansatz im Strafrecht etabliert.

1403 *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdnr. 112, unter Verweis u.a. auf BGH, NStZ 1995, 85 (86).

1404 *Cramer/Perron*, in: Schönke/Schröder, StGB, § 263 Rdnr. 121 f., m.w.N. *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug, S. 183 ff., sieht hingegen im persönlichen Schadenseinschlag ein Kriterium zur Bestimmung des (gestörten) Äquivalenzverhältnisses. Im Ergebnis werden sich jedoch keine Unterschiede zum hier verfolgten Lösungsansatz ergeben, da bereits für die Bestimmung der objektiven Äquivalenz auf die persönlichen Umstände, wie etwa die Vertragsfreiheit, Rücksicht genommen werden muss.

1405 Daraus darf freilich nicht geschlossen werden, dass jede privatrechtliche Streitfrage, die im Nachhinein zu Ungunsten des Arztes entscheiden wird, zu einer Strafbarkeit wegen Betruges führt; in diesen Fällen wird regelmäßig kein Betrugsvorsatz gegeben sein, vgl. auch *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 488.

Zusammenfassend kann an dieser Stelle festgehalten werden, dass der interdisziplinäre Charakter des Arztrechts anhand des Abrechnungsbetruges zu Tage gefördert wird. Zum einen auf der Ebene des objektiven Tatbestandes bei der Abgrenzung zwischen einer Tatsachenbehauptung und der Äußerung einer privat- bzw. vergütungsrechtlichen Rechtsansicht. In frappanter Weise jedoch bei der Feststellung eines Vermögensschadens, da sich dieser erst aus dem privatrechtlichen Äquivalenzprinzip ergibt. Der Betrugstatbestand ist insofern eine Ausformung des privat- bzw. arztrechtlichen Kontrollprinzips. Dieser Befund leitet sogleich über zur zweiten Erkenntnis des Abrechnungsbetruges: Bei der Feststellung des Vermögensschadens und zudem auf der Ebene des subjektiven Tatbestandes bei der Abgrenzung von bedingtem Vorsatz und bewusster Fahrlässigkeit erhält das systematische Denken Einzug in das Strafrecht. Mithilfe dieser beiden Feststellungen lassen sich die zahlreichen Zweifelsfragen des Abrechnungsbetruges im Bereich der Arbeitsteilung mit einem Höchstmaß an dogmatischer Sicherheit lösen, ohne das Feld der Tatbestandskonkretisierung den willkürlich erscheinenden Präjudizien zu überlassen.

2. Straftaten gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit

Die strafrechtliche Praxis im Arztstrafrecht ist bei den Straftaten gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit in der Regel von Fahrlässigkeitsdelikten geprägt; konkret dreht es sich um die fahrlässige Tötung gemäß § 222 StGB bzw. die fahrlässige Körperverletzung im Sinne von § 229 StGB.[1406] Nicht anders als in der zivilen Arzthaftung stellt auch nach der strafrechtlichen Rechtsprechung und Teilen der strafrechtlichen Literaturstimmen ein ärztlicher Heileingriff eine objektive Tatbestandsverwirklichung dar.[1407] Daraus folgt, dass der Einwilligung als Rechtfertigungsgrund bei den Straftaten gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit eine über Recht oder Unrecht entscheidende Funktion zufällt.[1408] Für die strafrechtliche Grenze der Arbeitsteilung bedeutet diese Funktion der Patienteneinwilligung wiederum, dass ihre Auslegung bei der strafrechtlichen Bewertung eine ausschlaggebende Rolle spielt. Wie bereits herausgearbeitet, trägt dabei im Arztprivatrecht grundsätzlich die Behandlungsseite das Auslegungsrisiko.[1409] Es drängt sich nun die Frage auf, ob (im Lichte des fragmentarischen Charakters) im

[1406] *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 479, mit gleichzeitigen Verweisen auf vorsätzliche Straftaten.

[1407] Stellvertretend *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 480, m.w.N.

[1408] Zuletzt im „*Zitronensaftfall*" BGH, NJW 2011, 1088 (1089); ferner *Ulsenheimer*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts, § 139 Rdnr. 42. Im Unterschied zur privatrechtlichen Einwilligung fällt dabei freilich nicht etwa dem Arzt, sondern vielmehr der Strafverfolgungsbehörde die Beweislast bezüglich des Bestehens bzw. Fehlens einer Patientenzustimmung zu, *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 480.

[1409] § 6 A II 2 b bb.

Strafrecht weniger strenge Anforderungen an die Einwilligung als im Arztprivatrecht zu stellen sind, oder nicht doch vielmehr aufgrund der bereits angesprochenen Einheit der Arztrechtsordnung die identischen Auslegungsmaßstäbe zählen. Die Einheit der Rechtsordnung wurde von *Engisch* als Postulat wie folgt beschrieben:[1410] „*Es kann nicht dasselbe Verhalten zugleich verboten und geboten oder verboten und erlaubt sein*." Dieser vielfach zitierte Topos ist im Medizin- und Arztrecht aufgrund des interdisziplinären Charakters von wesentlicher rechtstheoretischer Bedeutung, wenngleich er bislang eher ein Schattendasein fristet.[1411] Dies geschieht jedoch zu Unrecht, ist eine nähere Auseinandersetzung mit ihm für eine gesamtsystematische Darstellung des Arztrechts doch unabdingbar. An dieser Stelle darf nochmals daran erinnert werden, dass nach der hier zugrundegelegten Terminologie von *Canaris*, das System als „*axiologische oder teleologische Ordnung allgemeiner Rechtsprinzipien*" beschrieben werden kann.[1412] Durch diese Ordnung kann und soll die „*wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung*" dargestellt und verwirklicht werden.[1413] Konsequenterweise wird dieses Begriffsverständnis auch im Folgenden zugrunde gelegt.[1414] Die Einheit der Rechtsordnung ist damit im Ergebnis nicht mehr und nicht weniger als ein Plädoyer für die Systemtreue und damit die Widerspruchsfreiheit.[1415] Danach bedarf es im Dienste der Einheit der Rechtsordnung grundsätzlich einer rechtsgebietsübergreifenden Anwendung von Rechtsprinzipien. Diesen rechtstheoretischen Überlegungen mag man aber zugleich die Außerachtlassung der Besonderheiten des Strafrechts, vor allem des damit verbundenen „*sozialethischen Tadels*" entgegenhalten.[1416] Das aus dem allgemeinen Verhältnismäßigkeitsgrundsatz folgende strafrechtliche *ultima ratio* Prinzip könnte danach die Entwicklung eigenständiger Kriterien zur Feststellung einer strafrechtlichen Rechtswidrigkeit gebieten.[1417]

[1410] *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung, S. 53; hierzu ferner statt vieler *Ohly*, Volenti non fit iniuria, S. 108; *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit, S. 37 ff.; *Gast*, Juristische Rhetorik, Rdnr. 422; *Hoyer*, in: Alexy, Juristische Grundlagenforschung, S. 99; *v. Arnauld*, Rechtssicherheit, S. 269; *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust, S. 143 ff.; *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 243, aus Sicht des IPR *Spickhoff*, in: FS Deutsch (2009), S. 907 ff. je m.w.N.

[1411] Vgl. aber im Ansatz *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht, Rdnr. 645, zum Zurücktreten der Schweigepflicht im Rahmen von § 34 StGB; ferner *Sickor*, Normenhierarchie im Arztrecht, S. 56 ff.

[1412] *Canaris*, Systemdenken, S. 156; vgl. oben § 2 B I 1.

[1413] *Canaris*, Systemdenken, S. 18; 40 f.; ferner S. 65; vgl. auch *Klöhn*, Abfindungsansprüche, S. 23 ff., m.w.N.

[1414] Auf die unterschiedlichen Ausprägungen der Einheit der Rechtsordnung kann in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden, hierzu näher *Felix*, Einheit der Rechtsordnung, S. 1 ff. et passim, m.w.N.

[1415] Hierzu eingehend *v. Arnauld*, Rechtssicherheit, S. 252 ff., m.w.N.

[1416] So etwa *Sternberg-Lieben*, Objektiven Schranken der Einwilligung, S. 191 ff. Näher zum Topos des sozialethischen Tadels, insbesondere im Zusammenhang mit dem Schuldprinzip *Freund*, Allgemeiner Teil, § 1 Rdnr. 21.

[1417] Vgl. etwa *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht, § 1 Rdnrn. 55 ff.; *Tröndle*, MDR 1983, 881 (887). *Sommer/Tsambikakis*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch, § 2 Rdnr. 28.

Diese Argumentation geht jedoch von einer Trennung von Straf- und Privatrecht aus, die so nicht vorliegt. Die enge Verknüpfung von privat- und strafrechtlicher Haftung wird insbesondere im Rahmen des § 823 Abs. 2 BGB deutlich. Im Falle strafrechtlicher Schutzgesetze kann das Zusammenspiel von Privat- und Strafrecht eine privatrechtliche Haftung auslösen. Freilich kommt bei den Straftaten gegen das Leben bzw. die körperliche Unversehrtheit als Erfolgsdelikten der Norm des § 823 Abs. 2 BGB lediglich eine (in der Praxis regelmäßig unbedeutende)[1418] Verdeutlichungs- bzw. Präzisierungsfunktion zu.[1419] Mithilfe dieser Normenverbindung wird eine sich bereits aus § 823 Abs. 1 BGB folgende Haftung nochmals herausgestrichen. Nun setzt freilich auch die Haftung nach § 823 Abs. 2 BGB, wie sich auch aus S. 2 ergibt, eine Rechtswidrigkeit voraus.[1420] Im Falle eines Erfolgsdelikts, wie etwa § 229 StGB, gilt dabei die privatrechtliche, gefährdungsbezogene Rechtswidrigkeit, also nichts anders als im Rahmen des § 823 Abs. 1 BGB, schon um Wertungswidersprüche zu vermeiden.[1421] Genau diese Wertungswidersprüche werden aber nun heraufbeschworen, wenn im Rahmen der strafrechtlichen Haftung ein anderer Maßstab beim Rechtswidrigkeitsurteil gelten soll. Danach wäre es durchaus denkbar, dass man über § 823 Abs. 1 BGB zu einer Haftung, etwa wegen fehlender oder unzureichender Patienteneinwilligung, käme, um gleichzeitig entgegen der Verdeutlichungs- und Präzisierungsfunktion des § 823 Abs. 2 BGB einen solchen Anspruch, etwa über § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 229 StGB, zu versagen. Bereits dieses einfache Beispiel macht deutlich, dass an die Rechtswidrigkeit bei den strafrechtlichen Erfolgsdelikten kein abweichender Maßstab angelegt werden darf. Das innere System des allgemeinen Haftungsrechts steht dem entgegen. Vor diesem Hintergrund erscheint es widersprüchlich, außerhalb des § 823 Abs. 2 BGB andere, weil mildere Rechtswidrigkeitsmaßstäbe im Strafrecht anzulegen.

Darüber hinaus steht entscheidend das arztrechtliche System einer gesonderten Beurteilung der Rechtswidrigkeit im Arztstrafrecht entgegen. Wenn durch das System die „*wertungsmäßige Folgerichtigkeit und innere Einheit der Rechtsordnung*“ sichergestellt werden soll, bedeutet dies für das Arzthaftungsrecht vor allem die Etablierung einer einheitlichen Berufshaftung. So wurde bereits festgehalten: *Die ärztliche Berufshaftung ist eine Vertrags- und Anvertrauenshaftung, basierend auf den Rechtsprinzipien verstärkter Rechtsgüterschutz, besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und Patientenautonomie.*[1422] Dieser Versuch einer Charakterisierung soll an dieser Stelle um das Attribut „*interdisziplinär*“ ergänzt werden, da sich die ärztliche Berufshaftung nicht

---

[1418] Vgl. nur *Deutsch*, in: FS Schreiber, S. 43 (48 f.); Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 182; *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 , S. 431.
[1419] *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2 , S. 431.
[1420] Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 207, m.w.N.
[1421] Vgl. auch Soergel/*Spickhoff*, BGB, § 823 Rdnr. 207; ferner *Deutsch*, in: FS Schreiber, S. 43 (48 f.).
[1422] § 4 C I 1 c.

auf die privatrechtliche Ebene beschränkt. Der Charakter der Arzthaftung als schuldhafte Verletzung einer ärztlichen Berufs- bzw. Verkehrspflicht ändert sich im Strafrecht nicht. Übernimmt der Arzt die Verantwortung für die höchsten Rechtsgüter des Patienten, muss er diesem Vertrauensvorschuss gerecht werden, mithin den Standard der medizinischen Wissenschaft beachten und einhalten.[1423] Der verstärkte Rechtsgüterschutz als Rechtsprinzip des arztrechtlichen Grenzsystems gebietet daher eine gleichlaufende Bewertung von ärztlichen Fehlleistungen über die privatrechtliche Arzthaftung hinaus. Er äußert sich nicht nur in der privatrechtlichen, sondern weitergehend insbesondere – nicht zuletzt aufgrund der Präventivfunktion – in der strafrechtlichen Arzthaftung.[1424] Dieser Präventionszweck würde nun konterkariert, wenn man im Rahmen des Strafrechts einen milderen Rechtswidrigkeitsmaßstab ansetzte. Damit folgt aus dem verstärkten Rechtsgüterschutz bzw. dem besonderen Vertrauensverhältnis Arzt/Patient als Prinzipien der ärztlichen Berufshaftung, dass im Sinne der Einheit der Arztrechtsordnung ein gleichlaufender Rechtswidrigkeitsmaßstab anzuwenden ist. Dies folgt im Bereich der Patientenaufklärung bzw. -einwilligung zudem zwingend aus der Patientenautonomie. So stellt sich sowohl im Privat- als auch im Strafrecht die identische Frage, ob bei dem Umfang der Patientenaufklärung bzw. der Auslegung der damit korrespondierenden Einwilligung die Patientenautonomie und damit das arztrechtliche System hinreichend gewahrt wurden.[1425] Während die Privatautonomie ein grundsätzlich privatrechtliches Phänomen ist, hat die Patientenautonomie eine interdisziplinäre Funktion dergestalt, dass sie über die Einwilligung einen *negativen Haftungsgrund* darstellt.[1426] Dem allgemeinen rechtsethischen Grundsatz *volenti non fit iniuria* sind die formalen Grenzen zwischen Privat- und Strafrecht freilich fremd.[1427]

3. Verletzung von Privatgeheimnissen

Aus diesen Ausführungen lassen sich auch entscheidende Rückschlüsse für die arbeitsteilige Grenze durch § 203 StGB ziehen. Danach ist die unbefugte Offenbarung von Privatgeheimnissen untersagt. Das Telos dieses Straftatbestandes liegt darin, die ärztliche Schweigepflicht und damit die Vertrauensbeziehung Arzt/Patient bzw. die Patientenautonomie zu schützen.[1428] Im Rahmen der ar-

---

[1423] Zu diesem Charakter der Übernahmehaftung § 4 B II 1.

[1424] Zu den einzelnen Straftheorien näher u.a. MünchKomm/*Joecks*, StGB, Einl. Rdnrn. 47 ff., m.w.N. Bezüglich des Einflusses des Präventionsgedankens bei strafrechtlichen Schutzgesetzen auch Soergel/*Spickhoff*, BGB, Vorb. zu § 823 Rdnrn. 36 ff.; *Ballhausen*, LMK 2011, 326139.

[1425] Vgl. auch *Knauer/Brose*, in: Spickhoff, Medizinrecht, § 223 StGB Rdnr. 85.

[1426] Vgl. § 4 C I 2 a.

[1427] Vgl. auch BGB-RGRK/*Steffen*, § 823 Rdnr. 377; ferner *Lenckner/Sternberg-Lieben*, in: Schönke/Schröder, StGB, Vorb. zu §§ 32 ff. Rdnr.7.

[1428] Näher diesbezüglich § 4 C II.

beitsteiligen Medizin werden, wie bereits dargelegt, Patientengeheimnisse kontinuierlich an Dritte weitergegeben bzw. offenbart. Daher stellt sich auch hier die Frage, ob diese Offenbarung durch eine Einwilligung des Patienten gerechtfertigt werden kann. An dieser Stelle kann auf die vorherigen Ausführungen verwiesen werden: An die Einwilligung im Rahmen des § 203 StGB dürfen keine milderen Anforderungen gestellt werden als im Rahmen der privatrechtlichen Arzthaftung, sollen nicht die haftungssystematischen Anforderungen untergraben werden. Insbesondere der interdisziplinäre und damit universelle Charakter der Patienteneinwilligung bzw. der Berufshaftung steht einer separaten Beurteilung der Einwilligung im Rahmen des § 203 StGB entgegen. Die Wertungen aus dem Datenschutz, die bei der privatrechtlichen Arzthaftung für ein grundsätzliches Auslegungsrisiko der Behandlungsseite herangeführt wurden,[1429] gelten a fortiori im Bereich des § 203 StGB. Die Patientenautonomie als negativer Haftungsgrund greift auch und vor allem bei der Verletzung der Schweigepflicht.

[1429] Vgl. § 6 II 2 a bb.

Epilog und Zusammenfassung

Die voranstehenden Ausführungen dienten als arztrechtlicher Systematisierungs- und Generalisierungsbeitrag im Bereich der arbeitsteiligen Medizin. Dadurch sollte im Geiste *Luhmanns* ein berechenbares Vertrauensfundament gelegt werden, das für das Recht im Allgemeinen und das Arztrecht im Besonderen unerlässlich ist. Rechtswissenschaft und Medizin – dies wurde in der vorliegenden Untersuchung zu Tage gefördert – eint eine wichtige Gemeinsamkeit: die *Lotsenfunktion*. Es obliegt dem Juristen, den stetigen Veränderungen des sozialen Umfeldes ein klar strukturiertes „*Koordinatensystem*" entgegenzuhalten. So wird Recht berechenbar, verlässlich, kurzum: zu einer Vertrauensquelle. Ähnlich ist der Handlungsauftrag an den Arzt formuliert: In den Zeiten der beständigen Veränderungsprozesse der modernen, arbeitsteiligen Medizin ist er dazu aufgerufen, das Bedürfnis des Patienten nach Orientierung zu befriedigen; umso mehr vor dem Hintergrund, dass das Vertrauen in andere traditionelle, haltversprechende Autoritäten erodiert. Die vorliegende Untersuchung fühlte sich diesem Vertrauenspostulat, das Juristen und Ärzte im Arztrecht zusammenführt, verpflichtet.

Im Dienste der Übersichtlichkeit widmen sich die abschließenden Zeilen der zusammenfassenden Darstellung des in diesem Rahmen entwickelten arztrechtlichen Grenzsystems, einschließlich der daraus gezogenen Schlussfolgerungen für das Arztvertrags- und Arzthaftungsrecht:

I. Die Erarbeitung eines Grenzsystems wird dadurch legitimiert, dass eine grenzenlose, arbeitsteilige Medizin vornehmlich an den notwendigen ökonomischen Vorteilen, der Effektivierung bzw. Produktivitätssteigerung, ausgerichtet ist. Die Grundpfeiler ein jeder Arzt-Patienten-Beziehung, Vertrauen und persönliche Zuwendung, werden geschwächt sowie ein Entfremdungsprozess eingeleitet. Schließlich steigt das Risiko von Kommunikationsfehlern („*Stille-Post-Effekt*"); zugleich erweist sich die Zuweisung der haftungsrechtlichen Verantwortung als erschwert („*Schwarzer-Peter-Effekt*").

II. Ungeachtet dieser tiefgreifenden Auswirkungen der modernen, arbeitsteiligen Medizin kennt das Arztrecht in diesem Bereich bis zum heutigen Tage kein einheitliches terminologisches (Diskussions-) Fundament. Basierend auf den medizinsoziologischen und medizinökonomischen Grundlagen wird die Arbeitsteilung wie folgt definiert:

Arbeitsteilung ist die horizontale oder vertikale Zusammenarbeit zwischen ärztlichen oder ärztlichen und nichtärztlichen Personen, sowohl im inter- oder intrasektoralen als auch im inter- oder intradisziplinären Bereich.

Neben der Arbeitsteilung sind ferner die Delegation und Substitution beliebte, wenngleich in entsprechender Weise terminologisch ungeklärte Phantome. In diesem Rahmen wurde – maßgeblich auf der Begriffstradition des § 664 BGB und dem Vergleich mit dem österreichischen und schweizerischen Arztrecht gründend – eine systematische Begriffsentwicklung betrieben. Danach sind *Delegation* und *Substitution* als Unterbegriffe der Arbeitsteilung folgendermaßen zu definieren:

Substitution ist die vollständige oder teilweise horizontale Übertragung einer grundsätzlich persönlich geschuldeten Tätigkeit auf einen Weisungsunabhängigen mit Ermessen im Rahmen von Vertrauensverhältnissen.

Delegation ist die vollständige oder teilweise vertikale Übertragung einer grundsätzlich persönlich geschuldeten Tätigkeit auf einen Weisungsabhängigen ohne Ermessen im Rahmen von Vertrauensverhältnissen.

III. Im heutigen Zeitalter der Wertungsjurisprudenz ist es – wie schon in der antiken, abendländischen Philosophie – grundsätzlich nicht mehr umstritten, dass sich Recht und Ethik nicht auseinanderdividieren lassen. Ein offenes Streitfeld ist allein der konkrete Weg, auf dem Rechtssicherheit gewährleistet und gleichzeitig Fallgerechtigkeit optioniert werden kann. Die vorliegende Schrift greift auf die sogenannten Rechtsprinzipien im Sinne von rechtsethischen Prinzipien zurück, vermitteln diese doch in überzeugender Weise zwischen dem positiven Recht und

der Rechtsidee. Damit entfalten – in Abkehr von einer reinen Billigkeitsjurisprudenz – allein diejenigen ethischen Einflüsse Geltungskraft, die von der Rechtsordnung anerkannt wurden. So kann insbesondere das Arztrecht mit seinen vielfältigen ethischen Akzentuierungen vor einem „*ethischen Übermaß*" geschützt werden. Da die Rechtsprinzipien Element des hier zugrundegelegten Systembegriffs sind, entpuppen sie sich gleichzeitig als Teil der Rechtsordnung und gewährleisten somit über den Einzelfall hinaus eine generalisierende Gerechtigkeit. Endlich sind die Rechtsprinzipien beweglich im Sinne *Willburgs*, sodass die (widerstreitenden) Rechtsprinzipien in einen angemessenen Ausgleich gebracht werden können. Innerhalb dieses Zusammenspiels gilt in Anlehnung an die Abwägungsformel bei den verfassungsrechtlichen Schutzpflichten:

Je höher der Rang eines Rechtsprinzips, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr durch gegenläufige Rechtsprinzipien, je geringer die Möglichkeit zu einem effektiven Selbstschutz und je schwächer das Gewicht widerstreitender Rechtsprinzipien, desto stärker ist das jeweilige Rechtsprinzip im Abwägungsprozess zu gewichten.

IV. Aufgegliedert in die beiden thematischen Zielbereiche dieser Arbeit, Vertrags- und Haftungsrecht, wurden aus dem privatrechtlichen System diejenigen Prinzipien herausgefiltert, die als Basis für die im Anschluss folgende arztrechtliche Grenzbildung dienlich sind. Dabei überstrahlt als vertragsrechtlicher Grundsatz die (formale) Privatautonomie den gesamten vertragsrechtlichen Prinzipienkanon. Sie ist im Wesentlichen durch Selbstbestimmung, Selbstverantwortung und subjektive Äquivalenz gekennzeichnet. Diese Skizze der Privatautonomie bleibt freilich fragmentarisch, wenn der materiale Wandlungsprozess unbeleuchtet bleibt. Mit dem Informationsprinzip wird die Vertragsfreiheit, mit der objektiven Äquivalenz die Vertragsgerechtigkeit materialisiert. Für dieses Zusammenwirken gilt:

Je mehr materiale Vertragsfreiheit, desto ausgeprägter ist die Autorität der formalen Vertragsgerechtigkeit, der subjektiven Äquivalenz.

Neben der Privatautonomie ist als vertragsrechtliches Prinzip ferner das Relativitätsprinzip zu beachten. Danach können persönliche Leistungspflichten nur zwischen denjenigen Privatrechtssubjekten entstehen, die an dem jeweiligen Vertragsschluss auch beteiligt sind. Auf diese Weise wird wiederum das formal privatautonome Handeln der Privatrechtssubjekte geschützt.

Das Haftungsrecht wird neben dem Ausgleichsgedanken maßgeblich durch das Präventionsziel determiniert. Dabei tritt in erster Linie das Verschuldensprinzip als Vermittler zwischen der Handlungsfreiheit (casum sentit dominus) und dem Rechtsgüterschutz (neminem laedere) auf. Neben der Gefährdungshaftung werden allerdings im Falle der Gefahr- bzw. Risikoerhöhung mit den Verkehrspflichten sowie einzelnen Beweiserleichterungen das Verschuldensprinzip und damit die Handlungsfreiheit zugunsten des Rechtsgüterschutzes zurückgedrängt. Zudem muss derjenige, der die Vorteile aus der Arbeitsteilung zieht, konsequen-

terweise auch deren Nachteile tragen, also für den Erfüllungs- und Verrichtungsgehilfen haften („*qui facit per alium facit per se*").

V. Bei der Entwicklung des arztrechtlichen Grenzsystems muss eingangs berücksichtigt werden, dass in erster Linie die ethischen Behandlungsgrundsätze und darüber hinaus die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten die Grundlage, das privatrechtliche System, entscheidend modifizieren. Arztrechtliche Vorschriften dienen nicht allein der Verwirklichung der allgemeinen Grundsätze der Rechtsidee, sondern auch und vor allem dem ärztlichen Heilauftrag bzw. dem Selbstbestimmungsrecht als zentralen Bestandteilen der „*arztrechtlichen Rechtsidee*". Die verfassungsrechtlichen Schutzpflichten gebieten einen umfassenden Rechtsgüterschutz und den Schutz des Selbstbestimmungsrechts.

Aus dieser Troika Privatrecht, Ethik und Verfassungsrecht entspringen als erste Prinzipien des arztrechtlichen Grenzsystems der verstärkte Rechtsgüterschutz bzw. der Schutz der besonderen Vertrauensbeziehung Arzt/Patient. Beide Grundsätze sind positivrechtlich in der zentralen Grenze der arbeitsteiligen Medizin, im Grundsatz der persönlichen Leistungserbringung, verankert. Dieser Grundsatz wird material abgesichert durch das sogenannte präventive Dreistufensystem: Danach muss auf der ersten Stufe über den *informed contract* sichergestellt werden, dass der Patient nicht nur formal, sondern auch tatsächlich im Sinne einer materialen Vertragsfreiheit handeln kann. Hat der Patient den Behandlungsvertrag geschlossen, bedarf es auf der zweiten Stufe mittels des sogenannten Kontrollprinzips einer Überprüfung des Vertrages im Hinblick auf die materiale Vertragsgerechtigkeit. Final erfolgt ex-post auf der dritten Stufe eine präventive Verhaltenssteuerung durch die gesteigerten Verkehrspflichten, durch das Arzthaftungsrecht.

Als weiterer Grenzpfeiler erwächst dem modifizierten privatrechtlichen System schließlich die Patientenautonomie. In Abgrenzung zur Privatautonomie und zum allgemeinen Selbstbestimmungsrecht sollte sie als *antizipative, selbstbestimmte rechtliche Regelung personenbezogener Angelegenheiten* verstanden werden. Als wesentliche Ausprägung der Patientenautonomie bedarf es nach dem *informed consent* Grundsatz einer Patientenaufklärung (als vertraglicher Schutzpflicht) und einer darauf aufbauenden Patienteneinwilligung (als sogenannter *rechtsgeschäftsähnlicher Vertrauensäußerung*). Die Verletzung der Patientenautonomie führt zu einer Vertrags- und gleichzeitig zu einer Anvertrauenshaftung. Die Patientenautonomie bezweckt über den Schutz der Lebensgüter hinaus den Schutz der individuellen Dispositionsfreiheit über die Preisgabe und Verwendung persönlicher Daten, ergo die informationelle Selbstbestimmung. Insgesamt lassen sich die arztrechtlichen Prinzipien nicht scharf trennen; vielmehr befinden sie sich in einem stetigen Ergänzungsprozess.

VI. Das entwickelte, arztrechtliche System begrenzt die arbeitsteilige Medizin zunächst im Arztvertragsrecht. Der privatrechtliche Relativitätsgrundsatz enthüllt den sogenannten Arztzusatzvertrag als gebührenrechtliche Konstruktion, als richterlichen Paternalismus. Er sollte pro futuro durch ein (alleiniges) Liquidationsrecht des Krankenhausträgers abgelöst werden. Allgemein muss bei der vergütungsrechtlichen Grenze der arbeitsteiligen Medizin zwischen der Vertretervereinbarung, der Individualvereinbarung und der Delegation differenziert werden. Dabei greift – gemäß dem präventiven Dreistufensystem – auf der ersten Stufe der *informed contract* Grundsatz. Darf der Patient davon ausgehen von einem bestimmten Arzt behandelt zu werden, muss er über eine ärztliche Arbeitsteilung im Vorfeld des Vertrages darüber informiert werden. Daher bedarf es etwa vor einer Individualvereinbarung über die Substitution, einer umfassenden Aufklärung bezüglich der bestehenden Alternativen. Unterbleibt eine solche Patienteninformation ist subsidiär auf der zweiten Stufe eine inhaltliche Vertragskontrolle bzw. Vertragskorrektur gerechtfertigt, wenn der Verbotstatbestand nach dem Kontrollprinzip erfüllt ist. Dies ist etwa bei einer solchen Vertretervereinbarung als AGB der Fall, die die Substitution durch einen nicht besonders qualifizierten Dritten ermöglicht bzw. die Konstellation der anfänglichen Unmöglichkeit erfasst. Gleiches gilt für die Delegation: Eine zum Verlust des Vergütungsanspruchs führende Äquivalenzstörung liegt dann vor, wenn eine Delegation derart tiefgreifend in die Prinzipien des arztrechtlichen Grenzsystems eingreift, dass die Geltendmachung des ärztlichen Vergütungsanspruchs treuwidrig erscheint. Diese Grundsätze gelten vergleichbar für das Sozialversicherungsrecht.

VII. Auf der dritten Stufe des hier entwickelten, präventiven Dreistufensystems greift das Arzthaftungsrecht. Es beschränkt die arbeitsteilige Medizin sowohl auf privatrechtlicher als auch auf strafrechtlicher Ebene. Eine ärztliche Verkehrspflicht ist dabei nach dem allgemeinen komparativen Satz umso eher zu bejahen *je höher der Rang des Rechtsguts, je schwerer der drohende Eingriff, je intensiver die Gefahr, je geringer die Möglichkeit zu effizientem Selbstschutz und je schwächer das Gewicht gegenläufiger Interessen ist*. In diesem Zusammenhang steigen mit der Eingriffsintensität gleichzeitig auch die Verhaltensanforderungen an den Gefahrenverursacher. Dieser komparative Maßstab wird von der Rechtsprechung bei der Begrenzung der vertikalen und horizontalen Arbeitsteilung vereinzelt zugrunde gelegt. Das arztrechtliche Grenzsystem sichert nun diese Einzelrechtsprechung dogmatisch ab; sie gewährleistet so eine über die individualisierende Gerechtigkeit hinausgehende Generalisierung und erzeugt ein Höchstmaß an Gesetzesbindung des Richters.

Die praktische Dienlichkeit des arztrechtlichen Grenzsystems lässt sich ferner innerhalb des privatrechtlichen Haftungssystems anhand des Aufklärungsfehlers dokumentieren. Bei der Auslegung der Patienteneinwilligung als Kommunikationsakt kommen die Rechtsprinzipien ihrer Konkretisierungsfunktion im Bereich der Generalklausel dergestalt nach, dass sie innerhalb des Abwägungsprozesses zwischen dem Erfolgsinteresse des Erklärenden und dem Entlastungsinteresse des

Empfängers vermitteln. Danach gilt im Zweifelsfall ein Abwägungsvorrang der Patientenautonomie und damit des Erfolgsinteresses gegenüber dem Entlastungsinteresse der Behandlungsseite. Dieses Ergebnis lässt sich anhand allgemeiner Auslegungsgrundsätze weiter untermauern. Vor diesem Hintergrund kann insbesondere das aktuelle Urteil des *BGH* v. 11.05.2010 zur Einwilligung ad personam keine Überzeugungskraft entfalten, wonach grundsätzlich der Patient das Auslegungsrisiko seiner Erklärung zu tragen hat.

Im Lichte der Verwandtschaft zwischen dem Systembegriff und der Einheit der Rechtsordnung können die arztrechtlichen Prinzipien auch für die strafrechtliche Grenzziehung und allgemein für die Etablierung einer interdisziplinären Berufshaftung fruchtbar gemacht werden:

Die ärztliche Berufshaftung ist eine interdisziplinäre Vertrags- und Anvertrauenshaftung, basierend auf den Rechtsprinzipien verstärkter Rechtsgüterschutz, besondere Vertrauensbeziehung Arzt/Patient und Patientenautonomie.

Literaturverzeichnis

ABGB-Praxiskommentar, Bd. 4: §§ 859-1089, 3. Auflage, Wien 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: ABGB-Praxiskommentar)

Adam, *Jörg*, Der Klinik-Card-Vertrag – Rechtsnatur und Rechtsfolgen, NJW 2011, 7–14

Ahrens, Hans-Jürgen/v. Bar, Christian/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Deutsch (1999))

Ahrens, Hans-Jürgen/v. Bar, Christian/Fischer, Gerfried/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Festschrift für Erwin Deutsch zum 80. Geburtstag, Berlin u.a. 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Deutsch (2009))

Alexander, *Christian*, Schadensersatz und Abschöpfung im Lauterkeits- und Kartellrecht: privatrechtliche Sanktionsinstrumente zum Schutz individueller Interessen im Wettbewerb, Tübingen 2010 (zit. *Alexander*, Schadensersatz und Abschöpfung)

Alexy, *Robert*, Zum Begriff des Rechtsprinzips, in: Krawietz, Werner/Opalek, Kazimierz/Peczenik, Aleksandar/Schramm, Alfred (Hrsg.), Argumentation und Hermeneutik in der Jurisprudenz, Berlin 1979, S. 59–87 (zit. *Alexy*, in: Argumentation und Hermeneutik)

Altmeppen, *Holger*, Untaugliche Regeln zum Vertrauensschaden und Erfüllungsinteresse im Schuldrechtsmodernisierungsentwurf, DB 2001, 1399–1405

Amelung, *Eberhard*, Ethisches Denken in der Medizin: ein Lehrbuch, Berlin u.a. 1992 (zit. *Amelung*, Ethisches Denken in der Medizin)

Amelung, *Knut*/*Beulke*, *Werner*/*Lilie*, *Hans* (Hrsg.), Festschrift für Hans-Ludwig Schreiber zum 70. Geburtstag, Heidelberg 2003 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Schreiber)

Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V., Delegation und Substitution – wenn der Pfleger den Doktor ersetzt, Berlin u.a. 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Delegation und Substitution)

Aristoteles, Nikomachische Ethik, Jena 1909 (zit. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik)

Armbrüster, *Christian*, Auswirkungen von Versicherungsschutz auf die Haftung, NJW 2009, 187–193

v. Arnauld, *Andreas*, Rechtssicherheit: perspektivische Annäherungen an eine „idée directrice" des Rechts, Tübingen 2006 (zit. *v. Arnauld*, Rechtssicherheit)

Auer, *Marietta*, Materialisierung, Flexibilisierung, Richterfreiheit: Generalklauseln im Spiegel der Antinomien des Privatrechtsdenkens, Tübingen 2005 (zit. *Auer*, Materialisierung)

Baldus, *Christian*, Römische Privatautonomie, AcP 210 (2010), 2–31

Ballhausen, *Benedikt D.*, Der Vorrang der Nacherfüllung beim Behandlungsvertrag, NJW 2011, 2694–2697

Ders., Anwendung der Beweislastumkehr nach den für die Arzthaftung entwickelten Grundsätzen bei einem groben Behandlungsfehler im Rahmen der Arzneimittelhaftung: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 16.03.2010 – VI ZR 64/09, MedR 2011, 577–578

Ders., Vertragliche Haftung im gespaltenen Krankenhausaufnahmevertrag: Problemstellung zum Urteil des LG Nürnberg-Fürth vom 07.04.2011 – 4 O 11065/06, MedR 2011, 733

Ders., Zur Frage der Darlegungs- und Beweislast bei einer Aufklärungspflichtverletzung im Zusammenhang mit einem Schadensersatzanspruch wegen Schutzgesetzverletzung: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 19.07.2011 – VI 367/09, LMK 2011, 326139

Ballhausen, *Wolfgang G.*, Genetic Testing for Familial Adenomatous Polyposis, in: Annals of the New York Academy of Sciences Vol. 910 (2000), 36–49

Bamberger, *Heinz-Georg*/*Roth*, *Herbert* (Hrsg.), Beck´scher Online Kommentar zum BGB, München, Stand: 01.11.2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Bamberger/Roth, BGB)

v. Bar, *Christian*, Verkehrspflichten: richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht, Köln u.a. 1980 (zit. *v. Bar*, Verkehrspflichten)

Basedow, *Jürgen*, Der Europäische Gerichtshof und das Privatrecht: über Unsicherheiten, Allgemeine Grundsätze und die europäische Justizarchitektur, AcP 210 (2010), 157–195

Baston-Vogt, *Marion*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 1997 (zit. *Baston-Vogt*, Der sachliche Schutzbereich des zivilrechtlichen allgemeinen Persönlichkeitsrechts)

Baumann, *Wolfgang*/*Hartmann*, *Christian*, Die zivilrechtliche Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens aus der Sicht der notariellen Praxis, DNotZ 2000, 594–615

Baumgärtel, *Gottfried*, Das Wechselspiel der Beweislastverteilung im Arzthaftungsprozess, in: Baltzer, Johannes/Baumgärtel, Gottfried/Peters, Egbert/Pieper, Helmut, Gedächtnisschrift für Rudolf Bruns, München 1980, S. 93–108 (zit. *Baumgärtel*, in: GS Bruns)

Ders., Zur Beweislastverlagerung auf den Emittenten bei Immissionsschäden: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 18.09.1984 – VI ZR 223/72, JZ 1984, 1109–1110

Baur, *Fritz*/*Esser*, *Josef*/*Kübler*, *Friedrich*/*Steindorff*, *Ernst* (Hrsg.), Festschrift für Ludwig Raiser zum 70. Geburtstag, Tübingen 1974 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Raiser)

Becker, *Michael*, Der unfaire Vertrag: verfassungsrechtlicher Rahmen in privatrechtlicher Ausfüllung, Tübingen 2003 (zit. *Becker*, Der unfaire Vertrag)

Becker, *Ulrich*/*Kingreen*, *Thorsten* (Hrsg.), Kommentar zur gesetzlichen Krankenversicherung (SGB V), 2. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Becker/Kingreen, SGB V)

Beermann, *Christopher*, Die Patientenverfügung, FPR 2010, 252–255

Behrends, *Okko*, Die rechtsethischen Grundlagen des Privatrechts, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Die ethischen Grundlagen des Privatrechts, Wien 1994, S. 1–33 (zit. *Behrends*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Die ethischen Grundlagen)

Bender, *Albrecht W.,* Zur Rechtfertigung des Bruches der ärztlichen Schweigepflicht gegenüber der Lebenspartnerin eines aidsinfizierten Patienten, VersR 2000, 322–323

Ders., Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlicher Behandlung, MedR 2008, 336–344

Ders., Ärztlicher Heileingriff und Einwilligung ad personam, VersR 2010, 450–453

Ders./*Heppekausen*, *Christoph*, Die Abrechnung wahlärztlicher Leistungen als originäres Recht des Krankenhausträgers, VersR 2011, 327–330

Bender, *Denise*, Grenzen der Schweigepflicht des Arztes bei Kenntnis von Misshandlungen oder entwürdigenden Behandlungen durch Eltern, MedR 2002, 626–630

Benecke, *Martina*, Gesetzesumgehung im Zivilrecht: Lehre und praktischer Fall im allgemeinen und Internationalen Privatrecht, Tübingen 2004 (zit. *Benecke*, Gesetzesumgehung)

Benicke, *Christoph*, Wertpapiervermögensverwaltung, Tübingen 2006 (zit. *Benicke*, Wertpapiervermögensverwaltung)

Berger, *Christian*, Privatrechtliche Gestaltungsmöglichkeiten zur Sicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens, JZ 2000, 797–805

v. d. Bergh, *Roger*/*Lehmann*, *Michael*, Informationsökonomie und Verbraucherschutz im Wettbewerbs- und Warenzeichenrecht, GRUR Int. 1992, 588–599

Berka, *Walter*, Die Grundrechte, Grundfreiheiten und Menschenrechte in Österreich, Wien u.a. 1999 (zit. *Berka*, Grundrechte)

v. Berswordt-Wallrabe, *Martin*/*Di Bella*, *Marco*, Grundlagenpapier Patientenrechte in Deutschland, RDG 2011, 194–195

Betti, *Emilio*, Zur Grundlegung einer allgemeinen Auslegungslehre, Tübingen 1988 (zit. *Betti*, Allgemeine Auslegungslehre)

Beuthien, *Volker*, Zur Theorie der Stellvertretung im Bürgerlichen Recht, in: Beuthien, Volker/Fuchs, Maximilian/Roth, Herbert, Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag, Köln u.a. 1999, S. 1–23 (zit. *Beuthien*, in: FS Medicus)

Ders., Zur Wissenszurechnung nach § 166 BGB – § 166 II BGB ausweiten und § 166 I BGB klarer ordnen, NJW 1999, 3585–3887

Biedenkopf, *Kurt H.*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung und Wirtschaftsverfassung: die Ausschließlichkeitsbindung als Beispiel, Heidelberg 1958 (zit. *Biedenkopf*, Vertragliche Wettbewerbsbeschränkung)

Biermann, *Elmar*/*Ulsenheimer*, *Klaus*/*Weißauer*, *Walther*, Liquidation wahlärztlicher Leistungen – rechtliche Grundlagen –, MedR 2000, 107–113

Dies., Persönliche Leistungserbringung und Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlichen Leistungen, NJW 2001, 3366–3369

Bitter, *Georg*/*Rauhut*, *Tilman*, Vertragsdurchführungspflicht des Werkbestellers?: § 649 BGB zwischen wirtschaftlicher Vernunft und Treuwidrigkeit, JZ 2007, 964–970

Böckenförde, *Ernst-Wolfgang*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2. Auflage, Tübingen 2006 (zit. *Böckenförde*, Rechts- und Staatsphilosophie)

Bodewig, *Theo*, Der Rückruf fehlerhafter Produkte: eine Untersuchung der Rückrufpflichten und Rückrufansprüche nach dem Recht Deutschlands, der Europäischen Union und der USA, Tübingen 1999 (zit. *Bodewig*, Rückruf fehlerhafter Produkte)

v. Bogdandy, *Armin*, Gubernative Rechtsetzung: eine Neubestimmung der Rechtsetzung und des Regierungssystems unter dem Grundgesetz in der Perspektive gemeineuropäischer Dogmatik, Tübingen 2000 (zit. *v. Bogdandy*, Gubernative Rechtsetzung)

Bogs, *Harald*, Eine medizinalpolitische Grundrechtsthese (Art 2 Abs. 2 S. 1, 3 GG): Verpflichtung der Selbstverwaltungskörperschaften des Gesundheitswesens und des Staates auf praxisbegleitende Qualitätssicherung von Gesundheitsdienst-Leistungen, ZfS 1983, 99–102

Bollweg, *Hans-Georg*, Die Arzneimittelhaftung des AMG nach dem 2. Schadensersatzrechtsänderungsgesetz, MedR 2004, 486–489

Ders./Brahms, *Kathrin*, „Patientenrechte in Deutschland" – Neue Patientencharta, NJW 2003, 1505–1510

Bork, *Reinhard*, Allgemeiner Teil, 2. Auflage, Tübingen 2006 (zit. *Bork*, Allgemeiner Teil)

Ders./Taupitz, *Jochen/Wagner*, *Gerhard*, Vorwort zum Schwerpunktheft „Privatautonomie heute – Entwicklungslinien, Standortbestimmung, Perspektiven", AcP 210 (2010), 1

Brandner, *Hans Erich/Hagen*, *Horst/Stürner*, *Rolf* (Hrsg.), Festschrift für Karlmann Geiß zum 65. Geburtstag, Köln u.a. 2000 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Geiß)

Braun, *Johann*, Einführung in die Rechtswissenschaft, 4. Auflage, Tübingen 2011 (zit. *Braun*, Einführung in die Rechtswissenschaft)

Brennecke, *Philipp*, Ärztliche Geschäftsführung ohne Auftrag, Berlin u.a. 2010 (zit. *Brennecke*, Ärztliche GOA)

Bröhmer, *Jürgen*, Transparenz als Verfassungsprinzip: Grundgesetz und Europäische Union, Tübingen 2004 (zit. *Bröhmer*, Transparenz als Verfassungsprinzip)

Brüggemeier, *Gert*, Prinzipien des Haftungsrechts: eine systematische Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Baden-Baden 1999 (zit. *Brüggemeier*, Prinzipien des Haftungsrechts)

Ders., Haftungsrecht: Struktur, Prinzipien, Schutzbereich; ein Beitrag zur Europäisierung des Privatrechts, Berlin u.a. 2006 (zit. *Brüggemeier*, Haftungsrecht)

Buchborn, *Eberhard*, Zur Verrechtlichung der Medizin, MedR 1984, 126–129

Buchner, *Benedikt*, Informationelle Selbstbestimmung im Privatrecht, Tübingen 2006 (*Buchner*, Informationelle Selbstbestimmung)

Ders., Der mündige Patient im Heilmittelwerberecht, MedR 2010, 1–6

Buck-Heeb, *Petra/Dieckmann*, *Andreas*, Selbstregulierung im Privatrecht, Tübingen 2010 (zit. *Buck-Heeb/Dieckmann*, Selbstregulierung)

Bumke, *Christian*, Relative Rechtswidrigkeit: Systembildung und Binnendifferenzierungen im öffentlichen Recht, Tübingen 2004 (zit. *Bumke*, Relative Rechtswidrigkeit)

Busch, *Christoph*, Informationspflichten im Wettbewerbs- und Vertragsrecht: Parallelen in UWG und BGB, Tübingen 2008 (zit. *Busch*, Informationspflichten)

Busche, *Jan*, Privatautonomie und Kontrahierungszwang, Tübingen 2004 (zit. *Busche*, Privatautonomie)

Bydlinski, *Franz*, Zu den dogmatischen Grundfragen des Kontrahierungszwanges, AcP 180 (1980), 1–46

Ders., Verträge über ärztliche Leistungen, in: Rechberger, Walter H./Welser, Rudolf (Hrsg.), Festschrift für Winfried Kralik zum 65. Geburtstag, Wien 1986, S. 345–369 (zit. *Bydlinski*, in: FS Kralik)

Ders., Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens, AcP 188 (1988), 447–488

Ders., Die praktische Bedeutung der Rechtsethik und die Möglichkeiten ihrer Vermittlung, in: Bydlinski, Franz/Mayer-Maly, Theo (Hrsg.), Rechtsethik und Rechtspraxis, Innsbruck u.a. 1990, S. 11–96 (zit. *Bydlinski*, in: Bydlinski/Mayer-Maly, Rechtsethik und Rechtspraxis)

Ders., Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 2. Auflage, Wien u.a. 1991 (zit. *Bydlinski*, Methodenlehre)

Ders., Das Privatrecht im Rechtssystem einer „Privatrechtsgesellschaft“, Wien u.a. 1994 (zit. *Bydlinski*, Privatrechtsgesellschaft)

Ders., System und Prinzipien des Privatrechts, Wien u.a. 1996 (zit. *Bydlinski*, System und Prinzipien)

Ders., Die Suche nach der Mitte als Daueraufgabe der Privatrechtswissenschaft, AcP 204 (2004), 309–395

Ders./Krejci, *Heinz/Schilcher*, *Bernd/Steininger*, *Viktor* (Hrsg.), Das Bewegliche System im geltenden und künftigen Recht, Wien u.a. 1986 (zit. *Bearbeiter*, in: Das Bewegliche System)

v. Caemmerer, *Ernst*, Wandlungen des Deliktsrechts, in: v. Caemmerer, Ernst/Friesenhahn, Ernst/Lange, Richard, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Bd. II, Karlsruhe 1960, S. 49–136 (zit. *v. Caemmerer*, Wandlungen des Deliktsrechts)

Ders., Das Verschuldensprinzip in rechtsvergleichender Sicht, RabelsZ 42 (1978), 5–27

Calabresi, *Guido*, The costs of accidents: a legal and economic analysis, New Haven u.a. 1970 (zit. *Calabresi*, The costs of accidents)

Canaris, *Claus-Wilhelm*, Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, JZ 1965, 475–482

Ders., Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht, München 1971 (zit. *Canaris*, Vertrauenshaftung)

Ders., Die Feststellung von Lücken im Gesetz: eine methodologische Studie über Voraussetzungen und Grenzen der richterlichen Rechtsfortbildung praeter legem, 2. Auflage, Berlin 1983 (zit. *Canaris*, Feststellung von Lücken)

Ders., Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz: entwickelt am Beispiel des deutschen Privatrechts, 2. Auflage, Berlin 1983 (zit. *Canaris*, Systemdenken)

Ders., Grundrechte und Privatrecht, AcP 184 (1984), 201–246

Ders., Verstöße gegen das verfassungsrechtliche Übermaßverbot im Recht der Geschäftsfähigkeit und im Schadensersatzrecht, JZ 1987, 993–1004

Ders., Grundrechtswirkungen und Verhältnismäßigkeitsprinzip in der richterlichen Anwendung und Fortbildung des Privatrechts, JuS 1989, 161–172

Ders., Gesamtunwirksamkeit und Teilgültigkeit rechtsgeschäftlicher Regelungen, in: Baur, Jürgen F./Hopt, Klaus J./Mailänder, Karl-Peter (Hrsg.), Festschrift für Ernst Steindorff zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 1990, S. 519–572 (zit. *Canaris*, in: FS Steindorff)

Ders., Funktion, Struktur und Falsifikation juristischer Theorien, JZ 1993, 377–391

Ders., Verfassungs- und europarechtliche Aspekte der Vertragsfreiheit in der Privatrechtsgesellschaft, in: Badura, Peter/Scholz, Rupert (Hrsg.), Festschrift für Peter Lerche zum 65. Geburtstag, München 1993, S. 873–892 (zit. *Canaris*, in: FS Lerche)

Ders., Die Bedeutung der iustitia distributiva im deutschen Vertragsrecht: aktualisierte und stark erweiterte Fassung des Vortrags vom 2. Juli 1993, München 1997 (zit. *Canaris*, iustitia distributiva)

Ders., Privatrecht und Grundrechte: eine Zwischenbilanz, Berlin u.a. 1999 (zit. *Canaris*, Privatrecht und Grundrechte)

Ders., Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten, ZHR 163 (1999), 206–245

Ders., Die Vertrauenshaftung im Lichte der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs, in: Canaris, Claus-Wilhelm u.a., 50 Jahre Bundesgerichtshof – Festgabe aus der Wissenschaft, Bd. 1, München 2000, S. 129–197 (zit. *Canaris*, in: 50 Jahre BGH)

Ders., Wandlungen des Schuldvertragsrechts – Tendenzen zu seiner „Materialisierung", AcP 200 (2000), 273–364

Ders., Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen, JZ 2001, 499–528

Ders., Die AGB-rechtliche Leitbildfunktion des neuen Leistungsstörungsrechts, in: Habersack, Mathias u.a. (Hrsg.), Festschrift für Peter Ulmer zum 70. Geburtstag, Berlin 2003, S. 1073–1096 (zit. *Canaris*, in: FS Ulmer)

Ders., Grundstrukturen des deutschen Deliktsrechts, VersR 2005, 577–584

Ders./Diederichsen, *Uwe* (Hrsg.), Festschrift für Karl Larenz zum 80. Geburtstag, München 1983 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Larenz)

Cezanne, *Wolfgang*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre, 6. Auflage, München 2005 (zit. *Cezanne*, Allgemeine Volkswirtschaftslehre)

Clausen, *Tilman*, Rechtsprobleme bei der Abrechnung wahlärztlicher Leistungen im Krankenhaus, in: Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein (Hrsg.), Festschrift 10 Jahre Arbeitsgemeinschaft Medizinrecht im Deutschen Anwaltsverein, Bonn 2008, S. 17–36 (zit. *Clausen*, in: FS Medizinrecht)

Ders., Das Liquidationsrecht bei wahlärztlichen Leistungen – ein Privileg nur für Chefärzte?, MedR 2009, 655–658

Clemens, *Thomas*, Normenstrukturen im Sozialrecht – Unfallversicherungs-, Arbeitsförderungs- und Kassenarztrecht, NZS 1994, 337–347

Coeppicus, *Rolf*, Anreize zur Errichtung von Patientenverfügungen, ZRP 2003, 175–178

Ders., Offene Fragen zum „Patientenverfügungsgesetz“, NJW 2011, 2085–2091

Coester-Waltjen, *Dagmar*, Die Inhaltskontrolle von Verträgen außerhalb des AGBG, AcP 190 (1990), 1–33

Dies., Verbraucherschutz und Inhaltskontrolle, Jura 1995, 26–30

Coing, *Helmut*, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 4. Auflage, Berlin u.a. 1985 (zit. *Coing*, Rechtsphilosophie)

Cornils, *Matthias*, Die Ausgestaltung der Grundrechte: Untersuchungen zur Grundrechtsbindung des Ausgestaltungsgesetzgebers, Tübingen 2005 (zit. *Cornils*, Ausgestaltung der Grundrechte)

Cremer, *Wolfram*, Freiheitsgrundrechte: Funktionen und Strukturen, Tübingen 2003 (zit. *Cremer*, Freiheitsgrundrechte)

Cziupka, *Johannes*, Dispositives Vertragsrecht: Funktionsweise und Qualitätsmerkmale gesetzlicher Regelungsmuster, Tübingen 2010 (zit. *Cziupka*, Dispositives Vertragsrecht)

Dahm, *Franz-Josef*, Zusammenarbeit von Vertragsärzten und Krankenhäusern im Spannungsfeld der Rechtsbereiche, MedR 2010, 597–612

Damm, Reinhard, Privatautonomie und Verbraucherschutz: Legalstruktur und Realstruktur von Autonomiekonzepten, VersR 1999, 129–141

Ders., Prädiktive Medizin und Patientenautonomie: Informationelle Persönlichkeitsrechte in der Gendiagnostik, MedR 1999, 437–448

Ders., Imperfekte Autonomie und Neopaternalismus: Medizinrechtliche Probleme der Selbstbestimmung in der modernen Medizin, MedR 2002, 375–387

Ders., Privatautonomie und Patientenautonomie – Selbstbestimmung auf Güter-, Dienstleistungs- und Gesundheitsmärkten, in: Brüggemeier, Gert (Hrsg.), Festschrift für Eike Schmidt zum 65. Geburtstag, Heidelberg 2005, S. 73–107 (zit. *Damm*, in: FS E. Schmidt)

Deutsch, *Erwin*, Schutzbereich und Tatbestand des unerlaubten Heileingriffs im Zivilrecht, NJW 1965, 1985–1989

Ders., Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung, in: Ficker, Hans Claudius u.a. (Hrsg.), Festschrift für Ernst v. Caemmerer zum 70. Geburtstag, Tübingen 1978, S. 329–342 (zit. *Deutsch*, in: FS v. Caemmerer)

Ders., Vertrauen und Recht im Arzt- und Patientenverhältnis, ArztR 1980, 289–292

Ders., Tendenzen des modernen Arztrechts, VersR 1982, 305–307

Ders., Die Anfängeroperation – Aufklärung, Organisation, Haftung und Beweislastumkehr, NJW 1984, 650–651

Ders., Schutzbereich und Beweislast der ärztlichen Aufklärungspflicht, NJW 1984, 1802–1803

Ders., Zur Überwachungspflicht des Chefarztes gegenüber Assistenzärzten sowie zum Einsatz medizinischer Spezialkenntnisse zugunsten des Patienten im Rahmen des Arzthaftungsrechts, NJW 1987, 1480–1481

Ders., Der Zurechnungsgrund der Produzentenhaftung, VersR 1988, 1197–1201

Ders., Die rechtlichen Grundlagen und die Funktionen der Ethik-Kommissionen, VersR 1989, 429–433

Ders., Embryonenschutz in Deutschland, NJW 1991, 721–725

Ders., Das neue System der Gefährdungshaftungen – Gefährdungshaftung, erweiterte Gefährdungshaftung und Kausal-Vermutungshaftung, NJW 1992, 73–77

Ders., Das Persönlichkeitsrecht des Patienten, AcP 192 (1992), 161–180

Ders., Fahrlässigkeitstheorie und Behandlungsfehler, NJW 1993, 1506–1510

Ders., Schadensersatz und Verfassungsrecht – Akt II: Unterhalt oder Kind als Schaden – Der BGH unterscheidet Fallgruppen und weicht vom BVerfG ab, NJW 1994, 776–778

Ders., Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt: eine privatrechtliche Untersuchung, 2. Auflage, 1995 (zit. Deutsch, Fahrlässigkeit und erforderliche Sorgfalt)

Ders., Der Beitrag des Rechts zur klinischen Forschung in der Medizin, NJW 1995, 3019–3024

Ders., Allgemeines Haftungsrecht, 2. Auflage, Köln u.a. 1996 (zit. *Deutsch*, Allgemeines Haftungsrecht)

Ders., Ethik-Kommission und Freiheit der medizinischen Forschung, VersR 1999, 1–8

Ders., Das Organisationsverschulden des Krankenhausträgers, NJW 2000, 1745–1749

Ders., Schmerzensgeld für Vertragsverletzungen und bei Gefährdungshaftung, ZRP 2001, 351–354

Ders., Schweigepflicht und Infektiosität, VersR 2001, 1471–1475

Ders., Zum Wahlarztvertrag: Anmerkung zum Urteil des LG Aachen vom 09.05.2001 – 11 O 132/00, VersR 2002, 196–197

Ders., Die Medizinhaftung nach den neuen Schuldrecht und dem neuen Schadensrecht, JZ 2002, 588–593

Ders., Die Fahrlässigkeit im neuen Schuldrecht, AcP 202 (2002), 889–911

Ders., „Volenti non fit iniuria". Die Einwilligung im Privatrecht (Buchbesprechung zu Ansgar Ohly), NJW 2003, 1854

Ders., Vertrauen und Misstrauen in der horizontal arbeitsteiligen Medizin, VersR 2007, 40–43

Ders./Ahrens, *Hans-Jürgen*, Deliktsrecht: unerlaubte Handlungen, Schadensersatz, Schmerzensgeld, 5. Auflage, Köln 2009 (zit. *Deutsch/Ahrens*, Deliktsrecht)

Ders./Geiger, *Michael*, Medizinischer Behandlungsvertrag: empfiehlt sich eine besondere Regelung der zivilrechtlichen Beziehung zwischen dem Patienten und dem Arzt im BGB?, Köln 1981 (zit. *Deutsch/Geiger*, Medizinischer Behandlungsvertrag)

Ders./Schreiber, *Hans-Ludwig*, Medical Responsibility in Western Europe: research study of the European Science Foundation, Berlin u.a. 1985 (zit. *Bearbeiter*, in: Deutsch/Schreiber, Medical Responsibility)

Ders./Schröder, *Michael*, Zulässigkeit und Grenzen der Delegierung zahnärztlicher Aufgaben unter besonderer Berücksichtigung der Behandlung paradontal erkrankter Patienten, Göttingen 1989 (zit. *Deutsch/Schröder*, Zulässigkeit und Grenzen der Delegierung)

Ders./Spickhoff, Andreas, Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinprodukterecht und Transfusionsrecht, 6. Auflage, Berlin u.a. 2008 (zit. *Deutsch/Spickhoff*, Medizinrecht)

Diederichsen, *Uwe*, Die Vergütung ärztlicher Leistungen im Krankenhaus, Stuttgart u.a. 1979 (zit. *Diederichsen*, Vergütung ärztlicher Leistungen)

Ders., Das Bundesverfassungsgericht als oberstes Zivilgericht – ein Lehrstück juristischer Methodenlehre, AcP 198 (1998), 171–260

Ders., Auf dem Weg zur Rechtsdogmatik, in: Zimmermann, Reinhard (Hrsg.), Festschrift für Hans Hermann Seiler zum 70. Geburtstag, Heidelberg 1999, S. 65–77 (zit. *Diederichsen*, in: FS Seiler)

Diehn, *Thomas/Rebhan*, *Ralf*, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung, NJW 2010, 326–331

Dieners, *Peters/Reese*, *Ulrich*, Handbuch des Pharmarechts: Grundlagen und Praxis, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Dieners/Reese, Handbuch des Pharmarechts)

Di Fabio, Udo, Form und Freiheit, DNotZ 2006, 342–350

Djazayeri, *Alexander*, Die Geschichte der Giroüberweisung: von den Anfängen im 19. Jahrhundert bis zum modernen Zahlungsdiensterecht, Göttingen 2011 (zit. *Djazayeri*, Geschichte der Giroüberweisung)

Dodegge, *Georg*, Der Schutz des freien Willens durch die Rechtsinstitute Betreuung, Vorsorgevollmacht, Betreuungs- und Patientenverfügung, FPR 2008, 591–595

Dörner, *Klaus*, Der gute Arzt: Lehrbuch der ärztlichen Grundhaltung, 2. Auflage, Stuttgart 2003 (zit. *Dörner*, der gute Arzt)

Dreier, *Thomas*, Kompensation und Prävention: Rechtsfolgen unerlaubter Handlung im Bürgerlichen, Immaterialgüter- und Wettbewerbsrecht, Tübingen 2002 (zit. *Dreier*, Kompensation und Prävention)

Ders./Schulze, *Gernot*, Urheberrechtsgesetz: Urheberrechtswahrnehmungsgesetz, Kunsturhebergesetz, Kommentar, 3. Auflage, München 2008 (zit. *Bearbeiter*, in: *Dreier/Schulze*, KUG)

Drexl, *Josef*, Die wirtschaftliche Selbstbestimmung des Verbrauchers: eine Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht unter Berücksichtigung gemeinschaftsrechtlicher Bezüge, Tübingen 1998 (zit. *Drexl*, Wirtschaftliche Selbstbestimmung)

Dröge, *Michael J. W.*, Patientenverfügung und Erforderlichkeit einer Betreuungsmaßnahme, BtPrax 1998, 199–203

Duttge, *Gunnar*, Zur Bestimmtheit des Handlungsunwerts bei Fahrlässigkeitsdelikten, Tübingen 2001 (zit. *Duttge*, Bestimmtheit des Handlungsunwerts)

Ders., Zum typologischen Denken im Strafrecht: ein Beitrag zur „Wiederbelebung" der juristischen Methodenlehre, Jahrbuch für Ethik und Recht 11 (2003), 103–126

Ders., Befreiung von der Schweigepflicht zu Gunsten des Kinderschutzes?, ZRP 2009, 159

Ders., Regelung der Gendiagnostik zwischen Ideal und Realität, in: Duttge, Gunnar/Engel, Wolfgang/Zoll, Barbara (Hrsg.), Das Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht, Göttingen 2011, S. 1–11 (zit. *Duttge*, in: Duttge/Engel/Zoll, Gendiagnostikgesetz im Spannungsfeld von Humangenetik und Recht)

Dworkin, *Ronald*, Bürgerrechte ernstgenommen (Deutsche Übersetzung v. Wolf, Ursula), Frankfurt am Main 1990 (zit. *Dworkin*, Bürgerrechte)

Eberhardt, *Dietrich*, Zivilrecht und Sozialrecht in der Beziehung von Kassenarzt und Kassenpatient: zugleich ein Beitrag zu Inhalt und Bedeutung des RVO § 368d Abs. 4, AcP 171 (1971), 289–327

Eberl, *Matthias*, Verfassung und Richterspruch: rechtsphilosophische Grundlegungen zur Souveränität, Justiziabilität und Legitimität der Verfassungsgerichtsbarkeit, Berlin 2006 (zit. *Eberl*, Verfassung und Richterspruch)

Ehling, *Jan*, Die Versicherung und Rückversicherung von Pharmarisiken in nationaler und internationaler Beziehung, Karlsruhe 2011 (zit. *Ehling*, Versicherung und Rückversicherung)

Ders./Vogeler, *Marcus*, Der Probandenvertrag, MedR 2008, 273–281

Eibach, *Ulrich*, Medizin und Menschenwürde: ethische Probleme in der Medizin aus christlicher Sicht, 3. Auflage, Wuppertal 1988 (zit. *Eibach*, Medizin und Menschenwürde)

Eidenmüller, *Horst*, Die Rechtfertigung von Widerrufsrechten, AcP 210 (2010), 67–104

Emmenegger, *Sigrid*, Gesetzgebungskunst: gute Gesetzgebung als Gegenstand einer legislativen Methodenbewegung in der Rechtswissenschaft um 1900, Tübingen 2006 (zit. *Emmenegger*, Gesetzgebungskunst)

Emmerich, *Volker/Habersack*, *Mathias* (Hrsg.), Aktien- und GmbH-Konzernrecht, 6. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Emmerich/Habersack, Aktien- und GmbH-Konzernrecht)

v. Engelhardt, *Dietrich*, in: Lang, Erich/Arnold, Klaus (Hrsg.), Die Arzt-Patient-Beziehung im Wandel: Referate der Sechsten Informationsmedizinischen Tage in Hamburg 1994, Stuttgart 1996, S. 19–48 (zit. *v. Engelhardt*, in: Arzt-Patient-Beziehung im Wandel)

Engelmann, Klaus, Kooperative Berufsausübung von Ärzten und Vertragsarztrecht, in: v. *Wulffen*, *Matthias/Krasney*, *Otto Ernst* (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundessozialgericht, Köln u.a. 2004, S. 429–457 (zit. *Engelmann*, in: FS 50 Jahre BSG)

Ders., Die Gemeinschaftspraxis im Vertragsarztrecht, ZMGR 2004, 3–15

Engisch, *Karl*, Die Einheit der Rechtsordnung, Heidelberg 1935 (zit. *Engisch*, Einheit der Rechtsordnung)

Engländer, *Armin*, Diskurs als Rechtsquelle?: Zur Kritik der Diskurstheorie des Rechts, Tübingen 2002 (zit. *Engländer*, Diskurs als Rechtsquelle?)

Ders., Grund und Grenzen der Nothilfe, Tübingen 2008 (zit. *Engländer*, Grund und Grenzen der Nothilfe)

Erman, *Walter* (Begr.), Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–758, 11. Auflage, Münster 2004 (zit. Erman/*Bearbeiter*, BGB (11. Aufl.))

Ders., Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–758, 13. Auflage, Köln 2011 (zit. Erman/*Bearbeiter*, BGB)

Esser, *Josef*, Die Zweispurigkeit unseres Haftpflichtrechts, JZ 1953, 129–134

Ders., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, 2. Auflage, Tübingen 1964 (zit. *Esser*, Grundsatz und Norm)

Ders., Möglichkeiten und Grenzen des dogmatischen Denkens im modernen Zivilrecht, AcP 172 (1972), 97–130

Fabarius, *Maria-Elisabeth*, Äußere und innere Sorgfalt, Köln u.a. 1991 (zit. *Fabarius*, Äußere und innere Sorgfalt)

Fastrich, *Lorenz*, Richterliche Inhaltskontrolle im Privatrecht, München 1992 (zit. *Fastrich*, Richterliche Inhaltskontrolle)

Felix, *Dagmar*, Einheit der Rechtsordnung: zur verfassungsrechtlichen Relevanz einer juristischen Argumentationsfigur, Tübingen 1998 (zit. *Felix*, Einheit der Rechtsordnung)

Fenge, *Anja*, Selbstbestimmung im Alter: eine rechtsvergleichende Analyse zu den Einwirkungsmöglichkeiten älterer Menschen auf die Verwaltung ihres Vermögens im Falle geistiger Beeinträchtigungen, Tübingen 2002 (zit. *Fenge*, Selbstbestimmung im Alter)

Fest, *Timo*, Anfängliches Leistungshindernis und Unmöglichkeit, WM 2005, 2168–2171

Fikentscher, *Wolfgang*, Methoden des Rechts, Bd. III: mitteleuropäischer Rechtskreis, Tübingen 1976 (zit. *Fikentscher*, Methoden des Rechts (III))

Ders./Heinemann, *Andreas*, Schuldrecht, 10. Auflage, Berlin 2006 (zit. *Fikentscher/Heinemann*, Schuldrecht)

Fischer, *Gerfried/Lilie*, *Hans*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich, Köln u.a. 1999 (zit. *Fischer/Lilie*, Ärztliche Verantwortung im europäischen Rechtsvergleich)

Fleischer, *Holger*, Informationsasymmetrie im Vertragsrecht: eine rechtsvergleichende und interdisziplinäre Abhandlung zu Reichweite und Grenzen vertragsschlussbezogener Aufklärungspflichten, München 2001 (zit. *Fleischer*, Informationsasymmetrie)

Ders., Zum Grundsatz der Gesamtverantwortung im Aktienrecht, NZG 2003, 449–459

Ders., Zur organschaftlichen Treuepflicht der Geschäftsleiter im Aktien- und GmbH-Recht, WM 2003, 1045–1058

Ders., Rechtsvergleichende Beobachtungen zur Rolle der Gesetzesmaterialien bei der Gesetzesauslegung, AcP 211 (2011), 317–351

Flenreiss, Gerhard/Rümmele, Martin, Medizin vom Fließband, Wien 2008 (zit. *Flenreiss/Rümmele*, Medizin vom Fließband)

Flessner, *Axel*, Interessenjurisprudenz im internationalen Privatrecht, Tübingen 1990 (zit. *Flessner*, Interessenjurisprudenz)

Flume, *Werner*, Zur Frage, gegen wen jemandem, der eine irrtümlich angenommene eigene Schuld erfüllt, ein Bereicherungsanspruch zusteht: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 05.10.1961 – VII ZR 207/60, JZ 1962, 281–282

Ders., Allgemeiner Teil des BGB, Bd. 2: Das Rechtsgeschäft, 4. Auflage, Berlin u.a. 1992 (zit. *Flume*, Allgemeiner Teil)

Frenz, *Walter*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft, Tübingen 2001 (zit. *Frenz*, Selbstverpflichtungen der Wirtschaft)

Freund, *Georg*, Strafrecht Allgemeiner Teil: personale Straftatlehre, 2. Auflage, Berlin 2009 (zit. *Freund*, Allgemeiner Teil)

Fricke, *Verena*, Der Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen zum Schutze des Persönlichkeitsrechts im internationalen Privatrecht, Tübingen 2003 (zit. *Fricke*, Unterlassungsanspruch gegen Presseunternehmen)

Fuchs, *Maximilian*, Arbeitsteilung und Haftung, JZ 1994, 533–540

v. Gablenz, *Carl-Heinrich Freiherr*, Die Haftung der Banken bei Einschaltung Dritter: eine rechtsvergleichende, rechtsdogmatische und rechtstatsächliche Untersuchung unter besonderer Berücksichtigung der Fragen der Substitution bei Besorgung fremder Geschäfte, München 1983 (zit. *v. Gablenz*, Haftung der Banken)

Gaede, *Karsten*, Durchbruch ohne Dammbruch – Rechtssichere Neuvermessung der Grenzen strafloser Sterbehilfe, NJW 2010, 2925–2928

Gageik, *Astrid*, Die aktuelle ober- und höchstrichterliche Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und ihre Auswirkungen auf die notarielle Praxis, RNotZ 2004, 295–318

Ganner, *Michael*, Selbstbestimmung im Alter: Privatautonomie für alte und pflegebedürftige Menschen in Österreich und Deutschland, Wien u.a. 2005 (zit. *Ganner*, Selbstbestimmung im Alter)

Gast, *Wolfgang*, Juristische Rhetorik, 4. Auflage, Heidelberg 2006 (zit. *Gast*, Juristische Rhetorik)

Geiß, *Karlmann*/*Greiner*, *Hans-Peter*, Arzthaftpflichtrecht, 6. Auflage, München 2009 (zit. Geiß/Greiner, Arzthaftpflichtrecht)

Gerst, *Thomas*, Ärztliche Standesorganisationen und Standespolitik in Deutschland 1945 – 1955, Stuttgart 2004 (zit. *Gerst*, Ärztliche Standesorganisationen)

Giesen, *Thomas*, Zum Begriff des Offenbarens nach § 203 StGB im Falle der Einschaltung privatärztlicher Verrechnungsstellen, NStZ 2012, 122–128

Gödicke, *Patrick*, Formularerklärungen in der Medizin: rechtliche Kontrollmaßstäbe für Einwilligungen in der medizinischen Heilbehandlung und Forschung, Tübingen 2008 (zit. *Gödicke*, Formularerklärungen)

Goecke, *Klaus*, Verfassungsrechtliche Vorgaben für die Leistungspflicht der Krankenkassen beim Off-Label-Use von Arzneimitteln, NZS 2006, 291–297

Görmer, *Gerald*, Der Befreiungsanspruch, JuS 2009, 7–12

Gounalakis, *Georgios*, Anfängernarkose und -operation – Behandlungsfehler oder Aufklärungspflichtverletzung?, NJW 1991, 2945–2946

Gril, *Peter*, Gesetzgebung, NJW 2002, 199–200

Grundmann, *Stefan*, Der Schadensersatzanspruch aus Vertrag: System und Perspektiven, AcP 204 (2004), 569–605

Gsell, Beate, Substanzverletzung und Herstellung: deliktsrechtlicher Eigentumsschutz für Material und Produkt, Tübingen 2003 (zit. *Gsell*, Substanzverletzung)

Dies., Rechtskräftiges Leistungsurteil und Klage auf Schadensersatz statt der Leistung, JZ 2004, 110–121

Dies., Pflicht zur Zahlung von Krankenhauskosten bei irrtümlicher Annahme einer gesetzlichen Krankenversicherung: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 28.04.2005 – III ZR 351/04, jurisPR-BGHZivilR 28/2005 Anm. 3

Habermas, Jürgen, Die Einbeziehung des Anderen: Studien zur politischen Theorie, Frankfurt am Main 1999 (zit. *Habermas*, Einbeziehung des Anderen)

Habermeyer, Elmar, Der „freie Wille" aus medizinischer Sicht: Bedeutung des „freien Willens" für das Betreuungsrecht, BtPrax 2010, 69–71

Habersack, Mathias, Richtigkeitsgewähr notariell beurkundeter Verträge, AcP 189 (1989), 403–424

Hackl, Karl, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang im deutschen, im österreichischen und im italienischen Recht: eine rechtsvergleichende Studie zum Privat- und Wirtschaftsrecht, Berlin 1980 (zit. *Hackl*, Vertragsfreiheit und Kontrahierungszwang)

Haferkamp, Hans-Peter, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz", Frankfurt am Main 2004 (zit. *Haferkamp*, Georg Friedrich Puchta und die „Begriffsjurisprudenz")

Haft, Fritjof, Reformbedarf beim System der gesetzlichen Sozialversicherung, ZRP 2002, 457–462

Hagen, Oliver/Luche, Diana, Steuerrechtliche Einordnung der Liquidationseinnahmen von Chefärzten, MedR 2006, 715–720

Hager, Günter, Der Gedanke der Solidarität in der Lehre vom Synallagma, in: Schlechtriem, Peter/Leser, Hans G. (Hrsg.), Zum deutschen und internationalen Schuldrecht: Kolloquium aus Anlass des 75. Geburtstages von Ernst v. Caemmerer, Tübingen 1983, S. 26–50 (zit. *Hager*, in: Schlechtriem/Leser, Zum deutschen und internationalen Schuldrecht)

Ders., Rechtsmethoden in Europa, Tübingen 2009 (zit. *Hager*, Rechtsmethoden in Europa)

Hahn, Bernhard, Zulässigkeit und Grenzen der Delegierung ärztlicher Aufgaben: zur Übertragung von Blutentnahmen, Injektionen, Infusionen und Bluttransfusionen auf nichtärztliches Assistenzpersonal, NJW 1981, 1977–1984

Halasz, Christian, Das Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung: Grenzen und Möglichkeiten der Weiterverwendung von Körpersubstanzen, Berlin u.a. 2004 (zit. *Halasz*, Recht auf bio-materielle Selbstbestimmung)

Hamann, Peter A./Fenger, Hermann, Allgemeinmedizin und Recht, Berlin u.a. 2004 (zit. *Hamann/Fenger*, Allgemeinmedizin und Recht)

Hansen, *Udo*, Die Bedeutung der Substitution im Recht der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, BB 1989, 2418–2415

v. Harbou, *Christopher/Scharpf*, *Thomas*, Vergütung im Krankenhaus durch Mitarbeiterbeteiligung, NZA 2008, 333–338

Harke, *Jan Dirk*, Das neue Sachmängelrecht in rechtshistorischer Sicht, AcP 205 (2005), 67–92

Ders., Kants Beispiele für die iustitia distributiva im Privatrecht, ARSP 91 (2005), 459–483

Ders., Allgemeines Schuldrecht, Heidelberg u.a. 2010 (zit. *Harke*, Allgemeines Schuldrecht)

Harmann, *Lena*, Das Recht des Patienten auf Aufklärungsverzicht, NJOZ 2010, 819–825

Hart, Dieter, „Organisationsaufklärung": zum Verhältnis von Standardbehandlung, Organisationspflicht und ärztlicher Aufklärung, MedR 1999, 47–50

Ders., Evidenz-basierte Medizin und Gesundheitsrecht: Überlegungen zu rechtlichen Konsequenzen der Verwissenschaftlichung der Medizin, MedR 2000, 1–5

Härtling, *Peter*, Lebensalter: Gedichte, 2. Auflage, München 2004 (zit. *Härtling*, Lebensalter)

Hartmann, *Nicolai*, Ethik, Berlin 1962 (zit. *Hartmann*, Ethik)

Hassemer, *Michael*, Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht, Tübingen 2007 (zit. *M. Hassemer*, Heteronomie)

Hassemer, *Winfried*, Juristische Hermeneutik, ARSP 72 (1986), 195–212

Ders., Juristische Methodenlehre und richterliche Pragmatik, Rechtstheorie 39 (2008), 1–22

Hauschild, *Armin*, Der Maßstab für die ärztliche Aufklärung im amerikanischen, englischen und deutschen Recht, Baden-Baden 1994 (zit. *Hauschild*, Maßstab für die ärztliche Aufklärung)

Hausmaninger, *Herbert/Selb*, *Walter*, Römisches Privatrecht, 9. Auflage, Wien u.a. 2001 (zit. *Hausmaninger/Selb*, Römisches Privatrecht)

Heck, *Philipp*, Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1914 (zit. *Heck*, Gesetzesauslegung)

Ders., Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz, AcP 112 (1914), 1–318

Ders., Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz, Tübingen 1932 (zit. *Heck*, Begriffsbildung)

Hecker, *Bernd*, Strafbare Produktwerbung im Lichte des Gemeinschaftsrechts: Europäisierung des deutschen Täuschungsschutzstrafrechts am Beispiel des Lebensmittel-, Wettbewerbs- und Betrugsstrafrechts, Tübingen 2011 (zit. *Hecker*, Strafbare Produktwerbung)

Hecker, *Dorothee*, Die Vertragsabschlussfreiheit des Arztes bei gestörtem Vertrauensverhältnis zum Patienten, MedR 2001, 224–227

Heckmann, *Dirk*, Geltungskraft und Geltungsverlust von Rechtsnormen: Elemente einer Theorie der autoritativen Normgeltungsbeendigung, Tübingen 1997 (zit. *Heckmann*, Geltungskraft und Geltungsverlust)

Heilmann, *Joachim*, Der Stand der deliktischen Arzthaftung, NJW 1990, 1513–1520

Heermann, *Peter W.*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte: Entwicklung der Rechtsfigur des trilateralen Synallagmas auf der Grundlage deutscher und US-amerikanischer Rechtsentwicklungen, Tübingen 1998 (zit. *Heermann*, Drittfinanzierte Erwerbsgeschäfte)

Hegel, *Georg Wilhelm Friedrich*, Grundlinien der Philosophie des Rechts, Berlin 1821 (zit. *Hegel*, Grundlinien der Philosophie des Rechts)

Heinrich, *Christian*, Formale Freiheit und materiale Gerechtigkeit: die Grundlage der Vertragsfreiheit und Vertragskontrolle am Beispiel ausgewählter Probleme des Arbeitsrechts, Tübingen 2000 (zit. *Heinrich*, Formale Freiheit)

v. Heintschel-Heinegg, *Bernd* (Hrsg.), Beck´scher Online Kommentar zum StGB, München, Stand: 01.12.2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Beck-OK, StGB)

Heinze, *Meinhard*/*Jung*, *Herbert*, Die haftungsrechtliche Eigenverantwortlichkeit des Krankenpflegepersonals in Abgrenzung zur ärztlichen Tätigkeit, MedR 1985, 62–71

Heldrich, *Andreas u.a.* (Hrsg.), Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag, Bd. 1, München 2007 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Canaris)

Hellwege, *Phillip*, Allgemeine Geschäftsbedingungen, einseitig gestellte Vertragsbedingungen und die allgemeine Rechtsgeschäftslehre, Tübingen 2010 (zit. *Hellwege*, Allgemeine Geschäftsbedingungen)

Henke, *Horst-Eberhard*, Die sogenannte Relativität des Schuldverhältnisses: wie relativ ist eigentlich das Band zwischen Gläubiger und Schuldner?, Berlin 1989 (zit. *Henke*, Relativität des Schuldverhältnisses)

Henkel, *Heinrich*, Einführung in die Rechtsphilosophie: Grundlagen des Rechts, 2. Auflage, München 1977 (zit. *Henkel*, Rechtsphilosophie)

Henssler, *Martin*, Risiko als Vertragsgenstand, Tübingen 1994 (zit. *Henssler*, Risiko als Vertragsgegenstand)

Hermes, *Georg*, Das Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit: Schutzpflicht und Schutzanspruch aus Art. 2 Abs. 2 Satz 1 GG, Heidelberg 1987 (zit. *Hermes*, Grundrecht auf Schutz von Leben und Gesundheit)

Heße, *Manfred*/*Niederhofer*, *Stefan*, Die Eigenverantwortung des Darlehensnehmers und die Erläuterungspflicht des Darlehensgebers nach § 491a Abs. 3 BGB, MDR 2010, 968–973

Hilgendorf, *Eric*, Tatsachenaussagen und Werturteile im Strafrecht: entwickelt am Beispiel des Betruges und der Beleidigung, Berlin 1998 (zit. *Hilgendorf*, Tatsachenaussagen und Werturteile)

Hillgruber, *Christian*, Neue Methodik – Ein Beitrag zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung in Deutschland, JZ 2008, 745–755

v. Hippel, *Eike*, Verbraucherschutz, 3. Auflage, Tübingen 1986 (zit. *v. Hippel*, Verbraucherschutz)

Hirsch, *Günter*, Die Rechtsprechung – ein Spiegel der Gesellschaft, MedR 2001, 599–603

Ders., Auf dem Weg zum Richterstaat: vom Verhältnis des Richters zum Gesetzgeber in unserer Zeit, JZ 2007, 853–858

Hirsch, *Hans Joachim*, Zur gegenwärtigen deutschen Diskussion über Willensfreiheit und Strafrecht, ZIS 2010, 62–67

Hirte, *Heribert*, Berufshaftung: ein Beitrag zur Entwicklung eines einheitlichen Haftungsmodells für Dienstleistungen, München 1996 (zit. *Hirte*, Berufshaftung)

Hoerster, *Norbert*, Zur Verteidigung des Rechtspositivismus, NJW 1986, 2480–2482

Höfling, *Wolfram*, Forum – "Sterbehilfe" zwischen Selbstbestimmung und Integritätsschutz, JuS 2000, 111–118

Hofmann, *Christian*, Der Minderheitsschutz im Gesellschaftsrecht, Berlin u.a. 2011 (zit. *Hofmann*, Minderheitsschutz)

Hofmann, *Ekkehard*, Abwägung im Recht: Chancen und Grenzen numerischer Verfahren im öffentlichen Recht, Tübingen 2007 (zit. *Hofmann*, Abwägung im Recht)

Hollenbach, *Axel*, Grundrechtsschutz im Arzt-Patienten-Verhältnis: eine Untersuchung zur Umsetzung verfassungsrechtlicher Vorgaben im einfachen Recht, Berlin 2003 (zit. *Hollenbach*, Grundrechtsschutz)

Hollmann, *Angela*, Rechtliche Beurteilung des Arzt-Patienten-Verhältnisses, ArztR 1977, 69–77

Holzhauer, *Heinz*, Von Verfassung wegen: Straffreiheit für passive Sterbehilfe, ZRP 2004, 41–44

Homann, *Karl*, Die Interdependenz von Zielen und Mitteln, Tübingen 1980 (zit. *Homann*, Interdependenz von Zielen und Mitteln)

Hönn, *Günther*, Zur Problematik der Privatautonomie, Jura 1984, 57–74

Honsell, *Heinrich* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts, Zürich 1994 (zit. Honsell/*Bearbeiter*, Handbuch des Arztrechts)

Ders., Iustitia distributiva – iustitia commutativa, in: Schermaier, Martin J./Rainer, Martin J. /Winkel, Laurens C. (Hrsg.), Festschrift für Theo Mayer-Maly zum 70. Geburtstag, Köln 2002, S. 287–302 (zit. *Honsell*, in: FS Mayer-Maly)

Höpfner, *Clemens/Rüthers*, *Bernd*, Grundlagen einer europäischen Methodenlehre, AcP 209 (2009), 1–36

Horn, *Norbert*, Einführung in die Rechtswissenschaft und Rechtsphilosophie, 5. Auflage, Heidelberg u.a. 2011 (zit. *Horn*, Einführung in die Rechtswissenschaft)

Hoyer, *Andreas*, Der Verhältnismäßigkeitsgrundsatz als Strukturelement der Rechtfertigungsgründe, in: Alexy, Robert (Hrsg.), Juristische Grundlagenforschung: Tagung der Deutschen Sektion der Internationalen Vereinigung für Rechts- und Sozialphilosophie (IVR) vom 23. Bis 25. September 2004 in Kiel, Stuttgart 2005, S. 99–114 (zit. *Hoyer*, in: Alexy, Juristische Grundlagenforschung)

Huber, *Peter*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung: eine Studie zur Konkurrenzfrage vor dem Hintergrund der internationalen Vereinheitlichung des Vertragsrechts, Tübingen 2001 (zit. *P. Huber*, Irrtumsanfechtung und Sachmängelhaftung)

Huber, *Ulrich*, Handbuch des Schuldrechts: Leistungsstörungen, Bd. 1, Tübingen 1999, (zit. *U. Huber*, Leistungsstörungen)

Ders., die Schadensersatzhaftung des Verkäufers wegen Nichterfüllung der Nacherfüllungspflicht und die Haftungsbegrenzungen des § 275 Abs. 2 BGB neuer Fassung, in: Schwenzer, Ingeborg/Hager, Günter (Hrsg.), Festschrift für Peter Schlechtriem zum 70. Geburtstag, Tübingen 2003, S. 521–568 (zit. *U. Huber*, in: FS Schlechtriem)

Hubmann, *Heinrich*, Wertung und Abwägung im Recht, Köln u.a. 1977 (zit. *Hubmann*, Wertung und Abwägung)

Hufen, Friedhelm, In dubio pro dignitate: Selbstbestimmung und Grundrechtsschutz am Ende des Lebens, NJW 2001, 849–857

Hüffer, *Uwe*, Aktiengesetz, Kommentar, 9. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Hüffer, AktG)

Hüpers, *Bernd*, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts in Geschichte und Gegenwart, Berlin 2010 (zit. *Hüpers*, Karl Larenz – Methodenlehre und Philosophie des Rechts)

Huster, Stefan/Kaltenborn, Markus, Krankenhausrecht: Praxishandbuch zum Recht des Krankenhauswesens, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Huster/Kaltenborn, Krankenhausrecht)

Illhardt, *Franz Josef*, Medizinische Ethik: ein Arbeitsbuch, Berlin u.a. 1985 (zit. *Illhardt*, Medizinische Ethik)

Imhof, *Michael*, Behandlungsfehler in der Medizin – Was nun?, Idstein 2010 (zit. Imhof, Behandlungsfehler)

Jancke, *Ulrich*, Das Sprachrisiko des ausländischen Arbeitnehmers im Arbeitsrecht, München 1987 (zit. *Jancke*, Sprachrisiko)

Jansen, *Nils*, Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz, Tübingen 2003 (zit. *Jansen*, Struktur des Haftungsrechts)

Jauernig, *Othmar* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 14. Auflage, München 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Jauernig, BGB)

Jenke, *Nina*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel und Medizinprodukte: eine vergleichende Untersuchung des deutschen und US-amerikanischen Rechts, Berlin u.a. 2004 (zit. *Jenke*, Haftung für fehlerhafte Arzneimittel)

Jestaedt, *Matthias*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz: Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, Tübingen 1999 (zit. *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz)

Jung, *Heike*/*Schreiber*, *Hans Wilhelm* (Hrsg.), Arzt und Patient zwischen Therapie und Recht, Stuttgart 1981 (zit. *Bearbeiter*, in: Jung/Schreiber, Arzt und Patient)

Kalis, *Bernhard*, Der ständige Streit um den ständigen ärztlichen Vertreter: Anmerkungen zu § 4 Abs. 2 GOÄ, VersR 2002, 23–26

Kamionka, *Jürgen*, Der Leistungsbegriff im Bereicherungsrecht, JuS 1992, 845–851

Kamp, *Hans*, Der Verkauf der Patientenkartei und die ärztliche Schweigepflicht, NJW 1992, 1545–1547

Kant, *Immanuel*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg 1797 (zit. *Kant*, Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre)

Karner, *Ernst*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb: zum Spannungsverhältnis von Bestandschutz und Verkehrsinteressen, Wien u.a. 2006 (zit. *Karner*, Gutgläubiger Mobiliarerwerb)

Kau, *Christian*, Vertrauensschutzmechanismen im Internet, insbesondere im E-commerce, Karlsruhe 2006 (zit. *Kau*, Vertrauensschutzmechanismen)

Kaufmann, *Artur*/*Hassemer*, *Winfried*/*Neumann*, *Ulfrid* (Hrsg.), Einführung in die Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, 8. Auflage, Heidelberg u.a. 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Kaufmann/Hassemer/Neumann, Einführung in die Rechtsphilosophie)

Katzenmeier, Christian, Arzthaftung, Tübingen 2002 (zit. *Katzenmeier*, Arzthaftung)

Ders., Arbeitsteilung, Teamarbeit und Haftung: zugleich ein Beitrag zur rechtlichen Rezeption medizinischer Kooperationsvereinbarungen, MedR 2004, 34–40

Ders., Vergütungsanspruch des Krankenhausträgers für Behandlungskosten in der irrigen Annahme der Kostenübernahme durch eine Krankenkasse, JZ 2005, 951–953

Ders., Arzthaftung in der Krise – Entwicklungen, Perspektiven, Alternativen, MedR 2011, 201–216

Ders./Bergdolt, Klaus (Hrsg.), Das Bild des Arztes im 21. Jahrhundert, Heidelberg u.a. 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Das Bild des Arztes)

Ders./*Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin im Rettungsdienst: eine Untersuchung am Beispiel des Forschungsprojekts Med-on-@ix, Heidelberg u.a. 2010 (zit. *Katzenmeier*/*Schrag-Slavu*, Rechtsfragen des Einsatzes der Telemedizin)

Kelsen, Hans, Reine Rechtslehre, 2. Auflage, Wien 1960 (zit. *Kelsen*, Reine Rechtslehre)

Kern, *Bernd-Rüdiger*, Fremdbestimmung bei der Einwilligung in ärztliche Eingriffe, NJW 1994, 753–759

Ders., Einwilligung in die Heilbehandlung von Kindern durch minderjährige Eltern, MedR 2005, 628–631

Ders./*Wadle*, *Elmar*/*Schroeder*, *Klaus-Peter*/*Katzenmeier*, *Christian* (Hrsg.), Festschrift für Adolf Laufs zum 70. Geburtstag, Berlin u.a. 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: FS Laufs)

Kersten, *Jens*, Die genetische Optimierung des Menschen: Plädoyer für eine Kritik unserer genetischen Vernunft, JZ 2011, 161–168

Kieninger, *Eva-Maria*, Informations-, Aufklärungs- und Beratungspflichten beim Abschluss von Versicherungsverträgen, AcP 199 (1999), 190–247

Kilian, *Wolfgang*, Kontrahierungszwang und Zivilrechtssystem, AcP 180 (1980), 47–83

Kindhäuser, *Urs*/*Neumann*, *Ulfrid*/*Paeffgen*, *Hans-Ulrich* (Hrsg.), Strafgesetzbuch, Kommentar, Bd. 2: §§ 146–358, 3. Auflage, Baden-Baden 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Kindhäuser/Neumann/Paeffgen, StGB)

Kingreen, *Thorsten*. Das Sozialstaatsprinzip im europäischen Verfassungsverbund: gemeinschaftsrechtliche Einflüsse auf das deutsche Recht der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2003 (zit. *Kingreen*, Sozialstaatsprinzip)

Ders./*Pieroth*, *Bodo*, Verfassungsrechtliche Grenzen einer Aufhebung der Ladenschlusszeiten, NVwZ 2006, 1221–1226

Klein, *Eckart*, Grundrechtliche Schutzpflicht des Staates, NJW 1989, 1633–1640

Kleindiek, *Detlef*, Deliktshaftung und juristische Person: zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern, Tübingen 1997 (zit. *Kleindiek*, Deliktshaftung und juristische Person)

Kleinschmidt, *Jens*, Der Verzicht im Schuldrecht: Vertragsprinzip und einseitiges Rechtsgeschäft im deutschen und US-amerikanischen Recht, Tübingen 2004 (zit. *Kleinschmidt*, Verzicht im Schuldrecht)

Kling, *Michael*, Sprachrisiken im Privatrechtsverkehr: die wertende Verteilung sprachenbedingter Verständnisrisiken im Vertragsrecht, Tübingen 2008 (zit. *Kling*, Sprachrisiken)

Klöhn, *Lars*, Das System der aktien- und umwandlungsrechtlichen Abfindungsansprüche, Tübingen 2009 (zit. *Klöhn*, Abfindungsansprüche)

Ders., Die Kondiktionssperre gem. § 817 S. 2 BGB beim beidseitigen Gesetzes- und Sittenverstoß: ein Beitrag zur Steuerungsfunktion des Privatrechts, AcP 210 (2010), 804–856

Klöpperpieper, *Dirk*, Patientenverfügung und Strafrecht, FPR 2010, 260–266

Klüber, *Rüdiger*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung: die juristisch-ökonomischen Grundlagen des Schutzes der vermögenswerten Bestandteile des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Tübingen 2007 (zit. *Klüber*, Persönlichkeitsschutz und Kommerzialisierung)

Knopp, *Lothar*/*Hoffmann*, *Jan*, Rechtssicherheit am Lebensende?, MedR 2005, 83–88

Koch, *Jens*, § 311 Abs. 3 BGB als Grundlage einer vertrauensrechtlichen Auskunftshaftung, AcP 204 (2004), 59–80

Köhler, *Michael*, Iustitia distributiva: zum Begriff und zu den Formen der Gerechtigkeit, ARSP 79 (1993), 457–482

Kohte, *Wolfhard*, Die rechtfertigende Einwilligung, AcP 185 (1985), 105–161

Koller, *Ingo*, Das Haftungsprivileg des Geschäftsbesorgers gemäß §§ 664 Abs. 1 S. 2, 675 BGB: zur Wirksamkeit der Nr. 9 AGB-Banken, ZIP 1985, 1243–1249

Koller, *Peter*, Theorie des Rechts: eine Einführung, 2. Auflage, Wien u.a. 1997 (zit. *P. Koller*, Theorie des Rechts)

Köndgen, *Johannes*, Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln, Tübingen 1981 (zit. *Köndgen*, Selbstbindung ohne Vertrag)

v. Koppenfels-Spies, *Katharina*, Die cessio legis, Tübingen 2006 (zit. *v. Koppenfels-Spies*, cessio legis)

Koppernock, *Martin*, Das Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung: zur Rekonstruktion des allgemeinen Persönlichkeitsrechts, Baden-Baden 1997 (zit. *Koppernock*, Grundrecht auf bioethische Selbstbestimmung)

Körber, *Torsten*, Grundfreiheiten und Privatrecht, Tübingen 2004 (zit. *Körber*, Grundfreiheiten und Privatrecht)

Koslowski, *Peter*, Politik und Ökonomie bei Aristoteles, 3. Auflage, Tübingen 1993 (zit. *Koslowski*, Politik und Ökonomie bei Aristoteles)

Koyuncu, *Adem*, Das Mitverschulden des Patienten in der Arzneimittelhaftung, PharmR 2005, 289–297

Koziol, *Helmut*, Diskussionsbeitrag, in: E. Lorenz (Hrsg.), Karlsruher Forum 1998: Einbeziehung Dritter in den Vertrag, Karlsruhe 1999, S. 111–114 (zit. *Koziol*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 1998)

Krahe, *Sascha*, Ärztliche Kooperationsformen in den USA und in Deutschland, MedR 2005, 691–696

Krämer, Andreas, Das Honorar des Chefarztes in der privaten Krankenversicherung, r+s 2002, 353–357

Krawietz, Werner, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz, Darmstadt 1976 (zit. *Krawietz*, Theorie und Technik der Begriffsjurisprudenz)

Kreß, Hartmut, Heiligkeit des Lebens und Selbstbestimmung im Sterben, ZRP 2005, 139–140

Krings, Hermann, Maximen und Gebote. Über die Mannigfaltigkeit der Regeln, die das menschliche Handeln bestimmen, in: Koslowski, Leo (Hrsg.), Maximen in der Medizin, Stuttgart 1992, S. 3–13 (zit. *Krings*, in: Koslowski, Maximen in der Medizin)

Kropholler, Jan, Internationales Privatrecht: einschließlich der Grundbegriffe des Internationalen Zivilverfahrensrechts, 6. Auflage, Tübingen 2006 (zit. *Kropholler*, IPR)

Kubella, Kathrin, Patientenrechtegesetz, Berlin u.a. 2011 (zit. *Kubella*, Patientenrechtegesetz)

Kuhla, Wolfgang, Liquidation des Chefarztes für Vertreterleistungen: Grenzen bei der Gestaltung von Wahlleistungsvereinbarungen, NJW 2000, 841–846

Kullmann, Hans Josef, Immaterieller Schadensersatzanspruch des Patienten bei Diagnosemitteilung des Arztes an Abrechnungsstellen, Krankenkassen und Versicherungen trotz Widerspruch des Patienten, MedR 2001, 343–347

Kunig, Philip, Das Rechtsstaatsprinzip: Überlegungen zu seiner Bedeutung für das Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Tübingen 1986 (zit. *Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip)

Kutlu, Aygün, AGB-Kontrolle bei stationärer Krankenhausaufnahme, Berlin u.a. 2006 (zit. Kutlu, AGB-Kontrolle)

Kutzer, Klaus, Hat der Patient das letzte Wort?: Es muss Rechtsklarheit geben – für Ärzte und Patienten, ZRP 2008, 197–198

Lachmann, Werner, Volkswirtschaftslehre 1, 5. Auflage, Berlin u.a. 2006 (zit. *Lachmann*, Volkswirtschaftslehre 1)

Lampe, Ernst-Joachim/Pauen, Michael/Roth, Gerhard (Hrsg.), Willensfreiheit und rechtliche Ordnung, Frankfurt am Main 2008 (zit. *Lampe/Pauen/Roth*, Willensfreiheit und rechtliche Ordnung)

Larenz, Karl, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts: zugleich ein Beitrag zur Theorie der Willenserklärung, Leipzig 1930 (zit. *Larenz*, Auslegung des Rechtsgeschäfts)

Ders., Präventionsprinzip und Ausgleichsprinzip im Schadensersatzrecht, NJW 1959, 865–866

Ders., Richtiges Recht: Grundzüge einer Rechtsethik, München 1979 (zit. *Larenz*, Richtiges Recht)

Ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. II/Halbbd. 1, 13. Auflage, München 1986 (zit. *Larenz*, Schuldrecht II/1)

Ders., Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 1, 14. Auflage, München 1987 (zit. *Larenz*, Schuldrecht I)

Ders., Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Auflage, Berlin u.a. 1991 (zit. *Larenz*, Methodenlehre)

Ders./Canaris, *Claus-Wilhelm*, Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. 2/Halbbd. 1, 13. Auflage, München 1986 (zit. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/1)

Dies., Lehrbuch des Schuldrecht, Bd. 2/Halbbd. 2, 13. Auflage, München 1994 (zit. *Larenz/Canaris*, Schuldrecht II/2)

Larenz, *Karl/Wolf*, *Manfred*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, 9. Auflage, München 2004 (zit., *Larenz/Wolf*, Allgemeiner Teil)

Laufs, *Adolf*, Der ärztliche Heilauftrag aus juristischer Sicht: Vortrag 13. März 1989, Heidelberg 1989 (zit. *Laufs*, Der ärztliche Heilauftrag)

Ders., Die Entwicklung des Arztrechts 1990/91, NJW 1991, 1516–1525

Ders., Fortpflanzungsmedizin und Arztrecht, Berlin 1992, (zit. *Laufs*, Fortpflanzungsmedizin)

Ders., Arzt und Recht im Umbruch der Zeit, NJW 1995, 1590–1599

Ders., Arzt, Patient und Recht am Ende des Jahrhunderts, NJW 1999, 1758–1769

Ders., Patientenrechte, NJW 2000, 846–848

Ders., Nicht der Arzt allein muss bereit sein, das Notwendige zu tun, NJW 2000, 1757–1769

Ders., Der aktuelle Streit um das alte Problem der Willensfreiheit. Eine kritische Bestandsaufnahme aus juristischer Sicht, MedR 2011, 1–7

Ders./Katzenmeier, *Christian/Lipp*, *Volker*, Arztrecht, 6. Auflage, München 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Laufs/Katzenmeier/Lipp, Arztrecht)

Ders./Kern, *Bernd-Rüdiger* (Hrsg.), Handbuch des Arztrechts: Zivilrecht, Öffentliches Recht, Vertragsarztrecht, Krankenhausrecht, Strafrecht, 4. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Laufs/Kern, Handbuch des Arztrechts)

Lege, *Joachim*, Pragmatismus und Jurisprudenz: über die Philosophie des Charles Sanders Peirce und über das Verhältnis von Logik, Wertung und Kreativität im Recht, Tübingen 1999 (zit. *Lege*, Pragmatismus und Jurisprudenz)

Lehmann, *Matthias*, Zum Anspruch des nichtbesitzenden Erstmieters auf Herausgabe der durch die Doppelvermietung eines Gewerbeobjekts erzielten Miete, JZ 2007, 525–527

Lehmann, *Michael*, Produzentenhaftung bei integrierter Produktion – computer integrated manufacturing (CIM), BB 1993, 1603–1607

Leisner, *Anna*, Kontinuität als Verfassungsprinzip: unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts, Tübingen 2002 (zit. *Leisner*, Kontinuität als Verfassungsprinzip)

Leistner, *Matthias*, Richtiger Vertrag und lauterer Wettbewerb: eine grundlagenorientierte Studie unter besonderer Berücksichtigung der europäischen Perspektive, Tübingen 2007 (zit. *Leistner*, Richtiger Vertrag)

Lelley, *Jan Tibor*/*Sabin*, *Jan Vincent*, Entwicklungsklauseln in Chefarztverträgen – Reichweite des Direktionsrechts des Krankenhausträgers: zugleich Anmerkung zu BAG, Urteil vom 13.03.2003 – 6 AZR 557/01, MedR 2004, 359–363

Leyens, *Patrick C.*/*Schäfer*, *Hans-Bernd*, Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen: Rechtsökonomische Überlegungen zu einer einheitlichen Konzeption von BGB und DCFR, AcP 210 (2010), 771–803

Lipp, *Volker*, Freiheit und Fürsorge: der Mensch als Rechtsperson: zu Funktion und Stellung der rechtlichen Betreuung im Privatrecht, Tübingen 2000 (zit. *Lipp*, Freiheit und Fürsorge)

Ders., Patientenautonomie und Lebensschutz: zur Diskussion um eine gesetzliche Regelung der „Sterbehilfe“, Göttingen 2005 (zit. *Lipp*, Patientenautonomie und Lebensschutz)

Ders., Grußwort des Dekans der Juristischen Fakultät: Eröffnung des Zentrums für Medizinrecht am 10.11.2006, in: Duttge, Gunnar (Hrsg.), Perspektiven des Medizinrechts im 21. Jahrhundert, Göttingen 2007, S. IX–X (zit. *Lipp*, in: Duttge, Perspektiven des Medizinrechts)

Looschelders, *Dirk*, Die Mitverantwortlichkeit des Geschädigten im Privatrecht, Tübingen 1999 (zit. *Looschelders*, Mitverantwortlichkeit des Geschädigten)

Ders., Schuldrecht: Allgemeiner Teil, 9. Auflage, München 2011 (zit. *Looschelders*, Schuldrecht AT)

Lorenz, *Jörn*/*Pietzcker*, *Manja*/*Pietzcker*, *Frank*, Empirische Sprachgebrauchsanalyse: entlarvt ein neues Beweismittel Verletzungen des Analogieverbots (Art. 103 II GG) ?, NStZ 2005, 429–434

Lorenz, *Stephan*, Der Schutz vor dem unerwünschten Vertrag: eine Untersuchung von Möglichkeiten und Grenzen der Abschlusskontrolle im geltenden Recht, München 1997 (zit. *S. Lorenz*, Schutz vor dem unerwünschten Vertrag)

Ders., Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen (Teil 1), JuS 2003, 729–733

Ders., Bereicherungsrechtliche Drittbeziehungen (Teil 2), JuS 2003, 839–845

Ders., Nacherfüllungsanspruch und Obliegenheiten des Käufers: Zur Reichweite des Rechts zur zweiten Andienung, NJW 2006, 1175–1179

Ders., Grundwissen – Zivilrecht: Stellvertretung, JuS 2010, 382–385

Lüderitz, *Alexander*, Auslegung von Rechtsgeschäften: vergleichende Untersuchung anglo-amerikanischen und deutschen Rechts, Karlsruhe 1966 (zit. *Lüderitz*, Auslegung von Rechtsgeschäften)

Luhmann, *Niklas*, Vertrauen: ein Mechanismus der Reduktion sozialer Komplexität, 4. Auflage, Stuttgart 2000 (zit. *Luhmann*, Vertrauen)

Luig, *Caspar*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug und Schadensbestimmung: zur streng formalen Betrachtungsweise des Sozialrechts im Strafrecht, Frankfurt am Main u.a. 2009 (zit. *Luig*, Vertragsärztlicher Abrechnungsbetrug)

Madaus, *Stephan*, Der Insolvenzplan: von seiner dogmatischen Deutung als Vertrag und seiner Fortentwicklung in eine Bestätigungsinsolvenz, Tübingen 2011 (zit. *Madaus*, Insolvenzplan)

Mand, Elmar J., Nationales Vertriebsrecht für Arzneimittel im grenzüberschreitenden Handel, EuR 2007, Beiheft 2, 59–92

Ders., Das Fremdbesitzverbot für Apotheken ist tot – Es lebe das apothekenrechtliche Fremdbesitzverbot, WRP 2008, 906–919

Ders., EU- und grundrechtliche Vorgaben für die Anwendung und Auslegung des nationalen Werberechts: eine Diskussion am Beispiel des Heilmittelwerberechts, JZ 2010, 337–348

Ders./*Könen*, *Annika*, Verbraucherschutz und Versandhandel mit Arzneimitteln, WRP 2006, 841–847

Dies., Widerrufsrecht des Verbrauchers beim Versandhandelskauf von Arzneimitteln und Medizinprodukten, WRP 2007, 1405–1411

Mankowski, *Peter*, Beseitigungsrechte: Anfechtung, Widerruf und verwandte Institute, Tübingen 2003 (zit. *Mankowski*, Beseitigungsrechte)

Ders., Verändert die Neurobiologie die rechtliche Sicht auf Willenserklärungen?, AcP 211 (2011), 153–195

Manssen, *Gerrit*, Privatrechtsgestaltung durch Hoheitsakt: verfassungsrechtliche und verwaltungsrechtliche Grundfragen, Tübingen 1994 (zit. *Manssen*, Privatrechtsgestaltung)

Martens, *Klaus-Peter*, Rechtsgeschäft und Drittinteressen, AcP 177 (1977), 133–188

Martis, *Rüdiger*/*Winkhart-Martis*, *Martina*, Arzthaftungsrecht: Fallgruppenkommentar, 3. Auflage, Köln 2010 (zit. *Martis*/*Winkhart-Martis*, Arzthaftungsrecht)

Mäsch, *Gerald*, Chance und Schaden: zur Dienstleisterhaftung bei unaufklärbaren Kausalverläufen, Tübingen 2004 (zit. *Mäsch*, Chance und Schaden)

Matusche-Beckmann, *Annemarie*, Das Organisationsverschulden, Tübingen 2001 (zit. *Matusche-Beckmann*, Organisationsverschulden)

Maunz, *Theodor* (Begr.), Bundesverfassungsgerichtsgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: September 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz, BVerfGG)

Maunz, *Theodor*/*Dürig*, *Günter* (Begr.), Grundgesetz, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: Oktober 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Maunz/Dürig, GG)

Mayer-Maly, *Theo*, Die Entwicklung der österreichischen Rechtsprechung zur ärztlichen Aufklärungspflicht und zur Arzthaftung, in: Mayer-Maly, Theo/Prat, Enrique H., Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung, Wien 1998, S. 49–58 (zit. *Mayer-Maly*, in: Mayer-Maly/Prat, Ärztliche Aufklärungspflicht und Haftung)

Mehringer, *Rolf*, Die Anfängeroperation: zwischen Patientenrechten und Ausbildungsnotwendigkeit, Berlin 2007 (zit. *Mehringer*, Anfängeroperation)

Miethaner, *Tobias*, AGB-Kontrolle versus Individualvereinbarung: Zweck und Grenzen der Inhaltskontrolle vorformulierter Klauseln, Tübingen 2010 (zit. *Miethaner*, AGB-Kontrolle)

Meder, *Stephan*, Die Kreditkartenzahlung als Anweisungsgeschäft: Zum Bedeutungswandel rechtsgeschäftlicher Formen unter den Bedingungen eines automatisierten Zahlungsverkehrs, AcP 198 (1998), 72–104

Medicus, *Dieter*, Durchblick: Drittbeziehungen im Schuldverhältnis, JuS 1974, 613–622

Ders., Probleme um das Schuldverhältnis: Vortrag, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 20.05.1987, Berlin u.a. 1987 (zit. *Medicus*, Probleme um das Schuldverhältnis)

Ders., Abschied von der Privatautonomie im Schuldrecht?: Erscheinungsformen, Gefahren, Abhilfen, Köln 1994 (zit. *Medicus*, Abschied von der Privatautonomie?)

Ders., Allgemeiner Teil des BGB, 10. Auflage, Heidelberg u.a. 2010 (zit. *Medicus*, Allgemeiner Teil)

Ders./Petersen, *Jens*, Bürgerliches Recht: eine nach Anspruchsgrundlagen geordnete Darstellung zur Examensvorbereitung, 23. Auflage, München 2011 (zit. *Medicus/Petersen*, Bürgerliches Recht)

Meller-Hannich, *Caroline*, Verbraucherschutz im Schuldvertragsrecht: private Freiheit und staatliche Ordnung, Tübingen 2005 (zit. *Meller-Hannich*, Verbraucherschutz)

Merkel, *Reinhard*, Tödlicher Behandlungsabbruch und mutmaßliche Einwilligung bei Patienten im apallischen Syndrom, ZStW 107 (1995), 545–575

Mestmäcker, *Ernst-Joachim*, Über die normative Kraft privatrechtlicher Verträge, JZ 1964, 441–446

Metzger, *Axel*, Extra legem, intra ius: allgemeine Rechtsgrundsätze im europäischen Privatrecht, Tübingen 2009 (zit. *Metzger*, Extra legem, intra ius)

Metzler, *Ewald*, Zur Substitution, insbesondere zu ihrer Abgrenzung von der Erfüllungsgehilfenschaft, AcP 159 (1960/61), 143–161

Miebach, *Jürgen/Patt*, *Joachim*, Persönliche Leistungserbringung und Vertretung des Chefarztes bei wahlärztlichen Leistungen, NJW 2000, 3377–3385

Mock, *Sebastian*, Grundfälle zum Stellvertretungsrecht, JuS 2008, 309–313

Möllers, *Christoph*, Gewaltengliederung: Legitimation und Dogmatik im nationalen und internationalen Rechtsvergleich, Tübingen 2005 (zit. *Möllers*, Gewalteng-liederung)

Ders., Nachvollzug ohne Maßstabbildung: richterliche Rechtsfortbildung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts: zum Beschluss des BVerfG vom 15.1.2009 – 2 BvR 2044/07, JZ 2009, 668–673

Möllers, *Thomas M. J.*, Rechtsgüterschutz im Umwelt- und Haftungsrecht: präventive Verkehrspflichten und Beweiserleichterungen in Risikolagen, Tübingen 1996 (zit. *Möllers*, Rechtsgüterschutz)

Möstl, *Markus*, Die staatliche Garantie für die öffentliche Sicherheit und Ordnung: Sicherheitsgewährleistung im Verfassungsstaat, im Bundesstaat und in der Europäischen Union, Tübingen 2002 (zit. *Möstl*, Staatliche Garantie)

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. I: Allgemeiner Theil, 2. Auflage, Berlin u.a. 1896; Bd. II: Recht der Schuldverhältnisse, Berlin u.a. 1888 (zit. Mot. I; Mot. II)

Müller, *Gerda*, Beweislast und Beweisführung im Arzthaftungsprozess, NJW 1997, 3049–3056

Müller, *Heike*, Die Rechtsproblematik des Off-Label-Use: das Spannungsfeld zwischen Haftungs-, Versicherungs- und Werberecht, Berlin 2009 (zit. *Müller*, Rechtsproblematik des Off-label-Use)

Müller-Freienfels, *Wolfram*, Die Vertretung beim Rechtsgeschäft, Tübingen 1955 (*Müller-Freienfels*, Vertretung beim Rechtsgeschäft)

Münchener Kommentar zum Aktiengesetz, Bd. 2: §§ 76–117, 3. Auflage, München 2008 (zit. MünchKomm/*Bearbeiter,* AktG)

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–240, 6. Auflage, München 2012; Bd. 2: §§ 241–432, 5. Auflage, München 2007; Bd. 4: §§ 611–704, 5. Auflage, München 2009; Bd. 5: §§ 705–853, 5. Auflage, München 2009; Bd. 6: §§ 854–1296, 5. Auflage, München 2009; Bd. 8: §§ 1589–1921, 6. Auflage, München 2012 (zit. MünchKomm/*Bearbeiter*, BGB)

Münchener Kommentar zum Strafgesetzbuch, Bd. 1: §§ 1–51, München 2003; Bd. 5: Nebenstrafrecht I, München 2007 (zit. MünchKomm/*Bearbeiter*, StGB)

Murmann, *Uwe*, Die Selbstverantwortung des Opfers im Strafrecht, Berlin u.a. 2005 (zit. *Murmann*, Selbstverantwortung des Opfers)

Murswiek, *Dietrich*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik: verfassungsrechtliche Grundlagen und immissionsschutzrechtliche Ausformung, Berlin 1985 (zit. *Murswiek*, Die staatliche Verantwortung für die Risiken der Technik)

Muschalik, *Thomas*, Kontrahierungszwang in der vertragsärztlichen Versorgung?, MedR 1995, 6–10

Muschner, *Jens*, Die haftungsrechtliche Stellung ausländischer Patienten und Medizinalpersonen in Fällen sprachbedingter Missverständnisse, Frankfurt am Main 2002 (zit. *Muschner*, Haftungsrechtliche Stellung ausländischer Patienten)

Ders., Haftungsrechtliche Besonderheiten bei der Aufklärung ausländischer Patienten, VersR 2003, 826–833

Nagel, *Markus*, Organtransplantationen und Internationales Privatrecht, Berlin u.a. 2009 (zit. *Nagel*, Organtransplantationen)

Neumann-Wedekindt, *Jochen*, Zum Begriff „Delegieren" im Zahnheilkundegesetz, MedR 1997, 397–401

Neuner, *Jörg*, Privatrecht und Sozialstaat, München 1999 (zit. *Neuner*, Privatrecht und Sozialstaat)

Ders. (Hrsg.), Grundrechte und Privatrecht aus rechtsvergleichender Sicht, Tübingen 2007 (zit. *Bearbeiter*, in: *Neuner*, Grundrechte und Privatrecht)

Ders., Was ist eine Willenserklärung?, JuS 2007 881–888

Nitschmann, *Kathrin*, Entwicklungen des Gesundheits- und Medizinrechts in Frankreich, MedR 2008, 133–139

Noll, *Bernd*, Persönliche und höchstpersönliche Leistung: dargestellt am Beispiel freier Berufe, Göttingen 1992 (zit. *Noll*, Persönliche und höchstpersönliche Leistung)

Odersky, *Walter*, Die Berufshaftung – ein zumutbares Berufsrisiko?: Zum Dialog zwischen Rechtsprechung und Rechtswissenschaft, NJW 1989, 1–5

Oduncu, *Fuat S.*, Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht (Teil 1), MedR 2005, 437–445

Ders., Ärztliche Sterbehilfe im Spannungsfeld von Medizin, Ethik und Recht (Teil 2), MedR 2005, 516–524

Oechsler, *Jürgen*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag: die theoretischen Grundlagen der Vertragsgerechtigkeit und ihr praktischer Einfluss auf Auslegung, Ergänzung und Inhaltskontrolle des Vertrages, Tübingen 1997 (zit. *Oechsler*, Gerechtigkeit im modernen Austauschvertrag)

Oetker, *Hartmut*/*Maultzsch*, *Felix*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 3. Auflage, Berlin u.a. 2007 (zit. *Oetker/Maultzsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse)

Ogorek, *Regina*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?: Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, Frankfurt am Main 1986 (zit. *Ogorek*, Richterkönig oder Subsumtionsautomat?)

Ohly, *Ansgar*, „Volenti non fit iniuria": die Einwilligung im Privatrecht, Tübingen 2002 (zit. *Ohly*, Volenti non fit iniuria)

Olechowski, *Thomas*, Rechtsgeschichte: Materialien und Übersichten, 5. Auflage, Wien 2009 (zit. *Olechowski*, Rechtsgeschichte)

Osterkamp, *Thomas*, Juristische Gerechtigkeit: Rechtswissenschaft jenseits von Positivismus und Naturrecht, Tübingen 2004 (zit. *Osterkamp*, Juristische Gerechtigkeit)

Ott, *Walter*, Der Rechtspositivismus: kritische Würdigung auf der Grundlage eines juristischen Pragmatismus, 2. Auflage, Berlin 1992 (zit. *Ott*, Rechtspositivismus)

Otto, *Harro*, Diskurs über Gerechtigkeit, Menschenwürde und Menschenrechte, JZ 2005, 473–481

Ders., Patientenautonomie und Strafrecht bei der Sterbebegleitung, NJW 2006, 2217–2222

Palandt, *Otto* (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 70. Auflage, München 2011 (zit. Palandt/*Bearbeiter*, BGB)

Pawlowski, Hans-Martin, Willenserklärungen und Einwilligungen in personenbezogene Eingriffe, JZ 2003, 66–73

Payllier, *Pascal*, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung, Zürich 1999 (zit. *Payllier*, Rechtsprobleme der ärztlichen Aufklärung)

Peikert, *Peter*, Persönliche Leistungserbringungspflicht, MedR 2000, 352–359

Peine, *Franz-Joseph*, Das Recht als System, Berlin 1983 (zit. *Peine*, Recht als System)

Peintinger, *Michael*, Therapeutische Partnerschaft: Aufklärung zwischen Patientenautonomie und ärztlicher Selbstbestimmung, Wien 2003 (zit. *Peintinger*, Therapeutische Partnerschaft)

Petersen, *Jens*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System: Betriebsaufspaltung, Mitunternehmerschaft, verdeckte Gewinnausschüttung, Berlin 1999 (zit. *Petersen*, Unternehmenssteuerrecht und bewegliches System)

Ders., Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz: dargestellt an Beispielen aus dem deutschen Privatrecht, Tübingen 2001 (zit. *Petersen*, Von der Interessenjurisprudenz zur Wertungsjurisprudenz)

Peukert, *Alexander*, § 326 Abs. 1 S 2 BGB und die Minderung als allgemeiner Rechtsbehelf, AcP 205 (2005), 430–486

Pflüger, *Frank*, Patientenaufklärung über Behandlungsqualität und Versorgungsstrukturen – Erweiterte Haftungsrisiken für Arzt und Krankenhaus?, MedR 2000, 6–9

Ders., Krankenhaushaftung und Organisationsverschulden: zivilrechtliche Grundlagen der Haftung des Krankenhausträgers für medizinische und organisatorische Fehlleistungen, Berlin u.a. 2002 (zit. *Pflüger*, Krankenhaushaftung)

Pitz, *Andreas*, Was darf das Medizinalpersonal?: Die Kompetenzen medizinischer Helfer bei eigenverantwortlichem Handeln und Arbeitsteilung, Marburg 2007 (zit. *Pitz*, Was darf das Medizinalpersonal?)

Popper, *Karl* R., Logik der Forschung, 7. Auflage, Tübingen 1982 (zit. *Popper*, Logik der Forschung)

Pöttgen, *Nicole*, Medizinische Forschung und Datenschutz, Frankfurt am Main u.a. 2005 (zit. *Pöttgen*, Medizinische Forschung und Datenschutz)

Pöttker, *Horst*, Entfremdung und Illusion: soziales Handeln in der Moderne, Tübingen 1997 (zit. *Pöttker*, Entfremdung und Illusion)

Picker, *Eduard*, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, AcP 201 (2001), 763–859

Ders., Schuldrechtsreform und Privatautonomie: Zur Neuregelung der Schuldnerpflichten bei zufallsbedingter Leistungsstörung nach § 275 Abs. 2 und § 313 BGB , JZ 2003, 1035–1048

Potthast, *Thomas/Herrmann*, *Beate/Müller*, *Uta*, Wem gehört der menschliche Körper?: Ethische, rechtliche und soziale Aspekte der Kommerzialisierung des menschlichen Körpers und seiner Teile, Paderborn 2010 (zit. *Potthast/Herrmann/Müller*, Wem gehört der menschliche Körper?)

Preis, *Ulrich/Bender*, *Wolfgang*, Die Befristung einzelner Arbeitsbedingungen - Kontrolle durch Gesetz oder Richterrecht?, NZA–RR 2005, 337–345

Quaas, *Michael/Zuck*, *Rüdiger*, Medizinrecht: öffentliches Medizinrecht, Pflegeversicherungsrecht, Arzthaftpflichtrecht, Arztstrafrecht, 2. Auflage, München 2008 (zit. *Bearbeiter*, in: Quaas/Zuck, Medizinrecht)

Raab, *Thomas*, Austauschverträge mit Drittbeteiligung, Tübingen 1999 (zit. *Raab*, Austauschverträge)

Raabe, *Annette*, Ärzte zwischen Heilauftrag und Kostendruck: Haftungsfragen bei Unterlassung ärztlicher Behandlungen aufgrund Wirtschaftlichkeitserwägungen, Karlsruhe 2009 (zit. *Raabe*, Ärzte zwischen Heilauftrag und Kostendruck)

Ranieri, *Filippo*, Die Privatrechtsgesellschaft und die Angleichung des Europäischen Vertragsrechts: ein rechtsvergleichender Überblick und eine rechtspolitische Diagnose, in: Riesenhuber, Karl (Hrsg.), Privatrechtsgesellschaft: Entwicklung, Stand und Verfassung des Privatrechts, Tübingen 2007, S. 355–378

Ders., Europäisches Obligationenrecht: ein Handbuch mit Texten und Materialien, 3. Auflage, Wien u.a. 2009 (zit. *Ranieri*, Europäisches Obligationenrecht)

Ratzel, *Rudolf/Lippert*, *Hans-Dieter*, Kommentar zur Musterberufsordnung der deutschen Ärzte (MBO), 5. Auflage, Berlin u.a. 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Ratzel/Lippert, MBO)

Redeker, *Konrad/Karpenstein*, *Ulrich*, Über Nutzen und Notwendigkeiten, Gesetze zu begründen, NJW 2001, 2825–2831

Rehmann, *Wolfgang A.* (Hrsg.), Arzneimittelgesetz (AMG), Kommentar, 3. Auflage, München 2008 (zit. *Bearbeiter*, in: Rehmann, AMG)

Reifig, *Sebastian*, Lohnsteuerpflicht bei Einnahmen des Chefarztes aus Wahlarztleistungen, KH 2006, 226–229

Reinhardt, *Thorsten*, Delegation und Mandat im öffentlichen Recht: eine Untersuchung zur rechtlichen Zulässigkeit von Kompetenzübertragungen, Berlin 2006 (zit. *Reinhardt*, Delegation und Mandat)

Reinhart, *Gert*, Änderung privatrechtlicher Begriffe durch Einflüsse des Kartellrechts, GRUR 1976, 517–527

Remien, *Oliver*, Zwingendes Vertragsrecht und Grundfreiheiten des EG-Vertrages, Tübingen 2003 (zit. *Remien*, Zwingendes Vertragsrecht)

Reuter, *Dieter*, Die ethischen Grundlagen des Privatrechts – formale Freiheitsethik oder materiale Verantwortungsethik?, AcP 189 (1989), 199–222

RGRK-BGB: Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs, Kommentar, Bd. I: §§ 1–240, 12. Auflage, Berlin u.a. 1982; Bd. II Teil 1: §§ 241–413, 12. Auflage, Berlin u.a. 1976; Bd. II Teil 4: §§ 631–811, Berlin u.a. 1978; Bd. II Teil 5: §§ 812–831, 12. Auflage, Berlin u.a. 1989 (zit. BGB-RGRK/*Bearbeiter*)

Rieger, *Hans-Jürgen*, Anmerkung zur Entscheidung des Bezirksberufsgerichts für Ärzte in Stuttgart vom 11.02.2009 – BGÄS 18/09, MedR 2009, 694

Riesenhuber, *Karl*, System und Prinzipien des Europäischen Vertragsrechts, Berlin 2003 (zit. *Riesenhuber*, System und Prinzipien)

Ders./Karakostas, Ioannis K. (Hrsg.), Inhaltskontrolle im nationalen und Europäischen Privatrecht, Berlin 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Riesenhuber/Karakostas, Inhaltskontrolle)

Ders./*Nishitani*, *Yuko* (Hrsg.), Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?: Deutsch-japanische Perspektiven des Vertragsrechts, Berlin 2007 (zit. *Bearbeiter*, in: Riesenhuber/Nishitani, Wandlungen oder Erosion der Privatautonomie?)

Richardi, *Reinhard*, Betriebsverfassung und Privatautonomie: Vortrag gehalten vor der Berliner Juristischen Gesellschaft am 28. März 1973, Berlin u.a. 1973 (zit. *Richardi*, Betriebsverfassung und Privatautonomie)

Ders., Arbeitsgesetzgebung und Systemgerechtigkeit, NZA 2008, 1–6

Ders./*Wißmann*, *Hellmut*/*Wlotzke*, *Otfried*/*Oetker*, *Hartmut* (Hrsg.), Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht, Bd. 1: Individualarbeitsrecht; Bd. 2: Kollektivarbeitsrecht/Sonderformen, 3. Auflage, München 2009 (*Bearbeiter*, in: Münchener Handbuch zum Arbeitsrecht)

Richter, *Klaus*, Privatautonomie und Verbraucherschutz im Lichte der Pläne zur Schaffung eines Europäischen Zivilgesetzbuches: Dargestellt am Beispiel des Letztverkäuferregresses , AcP 206 (2006), 3–27

Rieble, *Volker*, Richterliche Gesetzesbindung und BVerfG, NJW 2011, 819–822

Riehm, *Thomas*, Abwägungsentscheidungen in der praktischen Rechtsanwendung: Argumentation – Beweis – Wertung, München 2006 (zit. *Riehm*, Abwägungsentscheidungen)

Rittner, *Fritz*, Über das Verhältnis von Vertrag und Wettbewerb, AcP 188 (1988), 101–139

Rixen, *Stephan*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht: am Beispiel des Leistungserbringerrechts der gesetzlichen Krankenversicherung, Tübingen 2005 (zit. *Rixen*, Sozialrecht als öffentliches Wirtschaftsrecht)

Rodi, *Michael*, Die Subventionsrechtsordnung: die Subvention als Instrument öffentlicher Zweckverwirklichung nach Völkerrecht, Europarecht und deutschem innerstaatlichen Recht, Tübingen 2000 (zit. *Rodi*, Subventionsrechtsordnung)

Rogusch, *Kai*, Anmerkungen zur Problematik der Sterbehilfe, ZRP 2006, 164

Rönnau, *Thomas*, Willensmängel bei der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 2001 (zit. *Rönnau*, Willensmängel bei der Einwilligung)

Rosenberg, *Leo*, Die Beweislast: auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuches und der Zivilprozessordnung, 5. Auflage, München 1965 (zit. *Rosenberg*, Die Beweislast)

Ders./*Schwab*, *Karl Heinz*/*Gottwald*, *Peter*, Zivilprozessrecht, 17. Auflage, München 2010 (zit. *Rosenberg*/*Schwab*/*Gottwald*, Zivilprozessrecht)

Rosener, *Wolfgang*, Die Einwilligung in Heileingriffe: ein Beitrag zur Rechtsgeschäftslehre, Diss. jur. Berlin 1966 (zit. *Rosener*, Einwilligung in Heileingriffe)

Rösler, *Hannes*, Schutz des Schwächeren im Europäischen Vertragsrecht: Typisierte und individuelle Unterlegenheit im Mehrebenenprivatrecht, RabelsZ 2009, 889–911

Roßnagel, *Alexander*, Datenschutz bei Praxisübergabe, NJW 1989, 2303–2309

Roßner, *Hans-Jürgen*, Verzicht des Patienten auf eine Aufklärung durch den Arzt, NJW 1990, 2291–2296

Roth, *Andreas*, Die Verbindlichkeit der Patientenverfügung und der Schutz des Selbstbestimmungsrechts, JZ 2004, 494–502

Roth, *Herbert*, Der Arzt als Samariter und das Haftungsrecht, NJW 2006, 2814–2817

Röthel, *Anne*, Normkonkretisierung im Privatrecht, Tübingen 2004 (zit. *Röthel*, Normkonkretisierung)

Dies., Testierfähigkeit und Testiermacht, AcP 210 (2010), 32–66

Dies., Form und Freiheit der Patientenautonomie, AcP 211 (2011), 196–220

Roxin, *Claus*, Über die mutmaßliche Einwilligung, in: Stratenwerth, Günter u.a. (Hrsg.), Festschrift für Hans Welzel zum 70. Geburtstag, Berlin u.a., S. 447–475 (zit. *Roxin*, in: FS Welzel)

Rückert, *Joachim*, Die Historische Rechtsschule nach 200 Jahren – Mythos, Legende, Botschaft, JZ 2010, 1–9

Ruffert, *Matthias*, Vorrang der Verfassung und Eigenständigkeit des Privatrechts: eine verfassungsrechtliche Untersuchung zur Privatrechtswirkung des Grundgesetzes, Tübingen 2001 (zit. *Ruffert*, Vorrang der Verfassung)

Rumler-Detzel, *Pia*, Arbeitsteilung und Zusammenarbeit in der Chirurgie: rechtliche Verantwortlichkeit, VersR 1994, 254–258

Rusteberg, *Benjamin*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt: eine veränderte Perspektive auf die Grundrechtsdogmatik durch eine präzise Schutzbereichsbestimmung, Tübingen 2009 (zit. *Rusteberg*, Der grundrechtliche Gewährleistungsgehalt)

Rüthers, *Bernd*, Die unbegrenzte Auslegung: zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 6. Auflage, Tübingen 2005 (zit. *Rüthers*, Die unbegrenzte Auslegung)

Ders., Geleugneter Richterstaat und vernebelte Richtermacht, NJW 2005, 2759–2761

Ders., Methodenrealismus in Jurisprudenz und Justiz, JZ 2006, 53–60

Ders., Rechtstheorie: Begriff, Geltung und Anwendung des Rechts, 4. Auflage, München 2008 (zit. *Rüthers*, Rechtstheorie)

Ders., Fortgesetzter Blindflug oder Methodendämmerung der Justiz? Zur Auslegungspraxis der obersten Bundesgerichte, JZ 2008, 446–451

Ders., Das Ungerechte an der Gerechtigkeit, JZ 2009, 969–975

Ders., Rechtswissenschaft ohne Recht?, NJW 2011, 434–436

Ders., Klartext zu den Grenzen des Richterrechts, NJW 2011, 1856–1858

v. Sachsen-Gessaphe, *Karl August Prinz*, Der Betreuer als gesetzlicher Vertreter für eingeschränkt Selbstbestimmungsfähige: Modell einer mehrstufigen Eingangsschwelle der Betreuung und des Einwilligungsvorbehalts, Tübingen 1999 (zit. *v. Sachsen-Gessaphe*, Betreuer als gesetzlicher Vertreter)

Säcker, *Franz Jürgen*, Das UWG zwischen den Mühlsteinen europäischer Harmonisierung und grundrechtsgebotener Liberalisierung, WRP 2004, 1199–1221

Safferling, *Christoph J.M.*, Vorsatz und Schuld: subjektive Täterelemente im deutschen und englischen Strafrecht, Tübingen 2008 (zit. *Safferling*, Vorsatz und Schuld)

Salje, *Peter*, Der Vertrag zu Lasten Dritter im Sozialrecht, NZA 1990, 299–304

Sandmann, *Bernd*, Die Haftung von Arbeitnehmern, Geschäftsführern und leitenden Angestellten: zugleich ein Beitrag zu den Grundprinzipien der Haftung und Haftungsprivilegierung, Tübingen 2001 (zit. *Sandmann*, Haftung von Arbeitnehmern)

v. Savigny, *Friedrich Carl*, System des heutigen Römischen Rechts, Bd. 1, Berlin 1840 (zit. *Savigny*, System des heutigen Römischen Rechts)

Sawang, *Judith*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör im Schiedsverfahren nach deutschem Recht, Tübingen 2010 (zit. *Sawang*, Geheimhaltung und rechtliches Gehör)

Schäfer, *Dieter*, Soziale Schäden, soziale Kosten und soziale Sicherung: Argumente für ein Modell zur Integration aller Ausgleichsleistungen für Personalschäden in das soziale Sicherungssystem, Berlin 1972 (zit. *Schäfer*, Soziale Schäden)

Schäfer, *Hans-Bernd*/*Ott*, *Claus*, Lehrbuch der ökonomischen Analyse des Zivilrechts, 4. Auflage, Berlin u.a. 2005 (zit. *Schäfer/Ott*, Ökonomische Analyse)

Schelling, *Philip*, Aufklärung über die Qualität der Behandlung, Berlin 2003 (zit. *Schelling*, Aufklärung über die Qualität)

Schenke, *Ralf P.*, Die Rechtsfindung im Steuerrecht: Konstitutionalisierung, Europäisierung, Methodengesetzgebung, Tübingen 2007 (zit. *Schenke*, Rechtsfindung im Steuerrecht)

Schenke, *Wolf-Rüdiger*, Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht, VerwArch 68 (1977), 118–168

Schiemann, *Gottfried*, Haftung der Dienstleistungsberufe nach deutschem Recht, in: Deutsch, Erwin/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Haftung der Dienstleistungsberufe: natürliche Vielfalt und europäische Vereinheitlichung, Heidelberg 1993, S. 137–166 (zit. *Schiemann*, in: Deutsch/Taupitz, Haftung der Dienstleistungsberufe)

Schimmelpfeng-Schütte, *Ruth*, Rechtsweg und kassenzahnärztlicher Honoraranspruch für Zahnersatz, NJW 1981, 2505–2506

Dies., Der Arzt im Spannungsfeld der Inkompatibilität der Rechtssysteme, MedR 2002, 286–292

Dies., Soziale Gerechtigkeit und Gesundheitswesen, ZRP 2006, 180–183

Schirmer, *Horst-Dieter*, Vertragsarztrecht kompakt: die Übersicht für Ärzte, Psychotherapeuten und Juristen, Köln 2006 (zit. *Schirmer*, Vertragsarztrecht kompakt)

Schmidt, *Eberhard*, Der Arzt im Strafrecht, in: Ponsold, Albert (Hrsg.), Lehrbuch der gerichtlichen Medizin, 2. Auflage, Stuttgart 1957, S. 1–79 (zit. *E. Schmidt*, in: Ponsold, Lehrbuch der gerichtlichen Medizin)

Ders., Materielle Rechtskraft – Materielle Gerechtigkeit, JZ 1968, 681–684

Schmidt, *Eike*, Von der Privat- zur Sozialautonomie: Vorläufige Gedanken zur abnehmenden Gestaltungskraft konventioneller juristischer Dogmatik im Privatrechtssystem – Josef Esser zum 70. Geburtstag am 12.3.1980, JZ 1980, 153–161

Schmidt-Aßmann, *Eberhard*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen im öffentlichen Gesundheitswesen: verfassungsrechtliche Anforderungen an Entscheidungsgremien in der gesetzlichen Krankenversicherung und im Transplantationswesen; Vortrag gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 16. Mai 2001, Berlin u.a. 2001 (zit. *Schmidt-Aßmann*, Grundrechtspositionen und Legitimationsfragen)

Schmidt-Recla, *Adrian*, Voluntas et vita – Tertium non datur: Über Behandlungsabbruch, Patientenverfügung und artifizielle Ernährung, MedR 2008, 181–185

Schmidt-Rimpler, *Walter*, Grundfragen der Erneuerung des Vertragsrechts, AcP 147 (1941), 130–197

Schmidt-Salzer, *Joachim*, Personeller Anwendungsbereich der Beweislastumkehr nach Gefahrenbereichen in der deliktsrechtlichen Produkthaftung, NJW 1992, 2871–2872

Ders., Verschuldensprinzip, Verursachungsprinzip und Beweislastumkehr im Wandel der Zeitströmungen, in: Deutsch, Erwin/Klingmüller, Ernst/Kullmann, Hans Josef, Festschrift für Erich Steffen zum 65. Geburtstag, Berlin u.a. 1995, S. 429–450 (zit. *Schmidt-Salzer*, in: FS Steffen)

Schmitt-Glaeser, *Walter*, Schwindende Werte, wachsende Zweifel: Über den Minimalkonsens in der offenen Gesellschaft, BayVBl. 1995, 577–581

Schnapp, *Friedrich E.*/*Düring*, *Ruth,* Die Rechtsbeziehung zwischen Kassenzahnarzt und sozialversichertem Patienten nach dem Gesundheits-Reformgesetz, NJW 1989, 2913–2917

Ders., Muss ein Vertragsarzt demokratisch legitimiert sein?, NZS 2001, 337–341

Ders./*Wigge*, *Peter*, Handbuch des Vertragsarztrechts: das gesamte Kassenarztrecht, 2. Auflage, München 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Schnapp/Wigge, Handbuch des Vertragsarztrechts)

Schnauder, *Franz*, Die Rechtsnatur der Anweisung, JZ 2009, 1092–1102

Schneider, Egon/*Schnapp, Friedrich*, Logik für Juristen: die Grundlagen der Denklehre und der Rechtsanwendung, 6. Auflage, München 2006 (zit. *Schneider*/*Schnapp*, Logik für Juristen)

Schneider, *Günther*, Patientenrechte, MedR 2000, 497–504

Schönke, *Adolf*/*Schröder*, *Horst* (Begr.), Strafgesetzbuch, Kommentar, 28. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Schönke/Schröder, StGB)

Schoppmeyer, *Heinrich*, Juristische Methode als Lebensaufgabe: Leben, Werk und Wirkungsgeschichte Philipp Hecks, Tübingen 2001 (zit. *Schoppmeyer*, Juristische Methode als Lebensaufgabe)

Schreiber, *Hans-Ludwig*, Notwendigkeit und Grenzen rechtlicher Kontrollen der Medizin, in: Kamp, Norbert (Hrsg.), Die Georgia Augusta 1979–1983: Rückblick und Ausblick auf eine zu sichernde Zukunft; Ansprachen anlässlich der akademischen Feier zu Beginn der zweiten Amtszeit des Präsidenten der Georg-August-Universität am 14. Oktober 1983, Göttingen 1984, S. 29–49 (zit. *H.-L. Schreiber*, in: Kamp, Universitätsreden)

Ders., Die Würde des Menschen – eine rechtliche Fiktion?: Bemerkungen zur Reichweite des Menschenwürdeprinzips in der Diskussion über Embryonenforschung, Klonen und Präimplantationsdiagnostik, MedR 2003, 367–372

Ders., Salus aut voluntas aegroti suprema lex?, in: Grote, Rainer u.a. (Hrsg.), Festschrift für Christian Starck zum 70. Geburtstag, Tübingen 2007, S. 111–116 (zit. *H.-L. Schreiber*, in: FS Starck)

Schröder, *Meinhard*, Gesetzesbindung des Richters und Rechtsweggarantie im Mehrebenensystem, Tübingen 2010 (zit. *Schröder*, Gesetzesbindung des Richters)

Schröder, *Rainer*, Verwaltungsrechtsdogmatik im Wandel, Tübingen 2007 (zit. *Schröder*, Verwaltungsrechtsdogmatik)

Schulze u.a. (Hrsg.), Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, 7. Auflage, Baden-Baden 2012 (zit. *Bearbeiter*, in: Schulze, BGB)

Schur, *Wolfgang*, Leistung und Sorgfalt: zugleich ein Beitrag zur Lehre von der Pflicht im Bürgerlichen Recht, Tübingen 2001 (zit. Schur, Leistung und Sorgfalt)

Schütz, *Wolfram*/*Dopheide*, *Oliver*, Fehlerhafte medizinische Behandlung und ärztlicher Honoraranspruch, VersR 2006, 1440–1445

Schwabe, *Jürgen*, Probleme der Grundrechtsdogmatik, Darmstadt 1977 (zit. *Schwabe*, Grundrechtsdogmatik)

Schwarz, *Kyrill-A.*/*Bravidor*, *Christoph*, Kunst der Gesetzgebung und Begründungspflichten des Gesetzgebers, JZ 2011, 653–659

Schwarze, *Roland*, Vorvertragliche Verständigungspflichten, Tübingen 2001 (zit. *Schwarze*, Vorvertragliche Verständigungspflichten)

Schwill, *Florian*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie: das Recht des Patienten zum Verzicht auf die ärztliche Aufklärung, Marburg 2007 (zit. *Schwill*, Aufklärungsverzicht und Patientenautonomie)

Seibl, *Maximilian*, Voraussetzungen einer wirksamen Vertreterregelung in formularmäßigen Wahlarztvereinbarungen: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.2007 – III ZR 144/05, LMK 2008, 254205

Ders., Die Beweislast bei Kollisionsnormen, Tübingen 2009 (zit. *Seibl*, Beweislast bei Kollisionsnormen)

Seiler, *Christian*, Auslegung als Normkonkretisierung, Heidelberg 2000 (zit. *Seiler*, Auslegung als Normkonkretisierung)

Seiler, *Wolfgang*, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten: Untersuchung zu Möglichkeiten und Grenzen eines regulativen Paradigmenwechsels im internetbezogenen Verbraucherprivatrecht, Tübingen 2006 (zit. *Seiler*, Verbraucherschutz auf elektronischen Märkten)

Sickor, *Jens Andreas*, Normenhierarchie im Arztrecht, Berlin u.a. 2005 (zit. *Sickor*, Normenhierarchie im Arztrecht)

Singer, *Reinhard*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz im Recht der Willenserklärungen, München 1995 (zit. *Singer*, Selbstbestimmung und Verkehrsschutz)

Ders., Vertragsfreiheit, Grundrechte und der Schutz des Menschen vor sich selbst, JZ 1995, 1133–1141

Sodan, *Helge*, Freie Berufe als Leistungserbringer im Recht der gesetzlichen Krankenversicherung: ein verfassungs- und verwaltungsrechtlicher Beitrag zum Umbau des Sozialstaats, Tübingen 1997 (zit. *Sodan*, Freie Berufe als Leistungserbringer)

Soergel, Theodor (Begr.), Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Kommentar, Bd. 4 Teil 2: §§ 651a–704, 12. Auflage, Stuttgart 1999; Bd. 12: §§ 823–853, 13. Auflage, Stuttgart 2005 (zit. Soergel/*Bearbeiter*, BGB)

Sowada, *Christoph*, Die hypothetische Einwilligung im Strafrecht, NStZ 2012, 1–10

Spickhoff, *Andreas*, Zur Reform des deutschen internationalen Deliktsrechts, VersR 1985, 124–125

Ders., Der ordre public im internationalen Privatrecht: Entwicklung-Struktur-Konkretisierung, Neuwied u.a. 1989 (zit. *Spickhoff*, Ordre public)

Ders., Ausschluss der Haftung des Krankenhausträgers für ärztliche Leistungen durch AGB?, VersR 1998, 1189–1198

Ders., Richterliche Aufklärungspflicht und materielles Recht: ein Beitrag zum Verhältnis von Zivilprozessrecht, Sachrecht und internationalem Privatrecht, Stuttgart u.a. 1999 (zit. *Spickhoff*, Richterliche Aufklärungspflicht)

Ders., Erfolgszurechnung und „Pflicht zum Bruch der Schweigepflicht“, NJW 2000, 848–849

Ders., Medizin und Recht zu Beginn des neuen Jahrhunderts, NJW 2001, 1757–1768

Ders., Zivilrechtliche Wertungen und strafrechtlicher Vermögensbegriff, JZ 2002, 970–977

Ders., Die Entwicklung des Arztrechts 2001/2002, NJW 2002, 1758–1767

Ders., Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht, NJW 2002, 2530–2537

Ders., Die Entwicklung des Arztrechts 2002/2003, NJW 2003, 1701–1710

Ders., Aktuelle Rechtsfragen des medizinischen Behandlungsverhältnisses: zivilrechtsdogmatische Überlegungen de lege lata und de lege ferenda, München 2004 (zit. *Spickhoff*, Aktuelle Rechtsfragen)

Ders., Anmerkung zum Urteil des BGH vom 12.08.2004 – I ZR 98/02, LMK 2004, 230–231

Ders., Freiheit und Grenzen der medizinischen Forschung, in: Deutsch, Erwin/Schreiber, Hans-Ludwig/Spickhoff, Andreas/Taupitz, Jochen (Hrsg.), Die klinische Prüfung in der Medizin: europäische Regelungswerke auf dem Prüfstand, Berlin u.a. 2005, S. 9–28 (zit. *Spickhoff*, in: Deutsch/Schreiber/Spickhoff/Taupitz, Klinische Prüfung)

Ders., Haftungsrechtliche Fragen der Biomedizin, VersR 2006, 1569–1581

Ders., Die ärztliche Aufklärung vor der altruistisch motivierten Einwilligung in medizinische Eingriffe, NJW 2006, 2075–2076

Ders., Diskussionsbeitrag, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2007: Folgenzurechnung im Schadensersatzrecht: Gründe und Grenzen, Karlsruhe 2008, S. 151–154 (zit. *Spickhoff*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2007)

Ders., Diskussionsbeitrag, in: Lorenz, Egon (Hrsg.), Karlsruher Forum 2008: Beweislast, Karlsruhe 2009, S. 163–164 (zit. *Spickhoff*, in: E. Lorenz, Karlsruher Forum 2008)

Ders., Autonomie und Heteronomie im Alter, AcP 208 (2008), 345–415

Ders., Zur Zulässigkeit der Vertretung des privatliquidationsberechtigten Arztes im Krankenhaus: Anmerkung zum Urteil des BGH vom 20.12.2007 – III ZR 114/07, JZ 2008, 687–689

Ders. (Hrsg.), Medizinrecht, Kommentar, München 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Spickhoff)

Ders., Die Entwicklung des Arztrechts 2010/2011, NJW 2011, 1651–1658

Ders., Die Eingriffsindikation im Wandel der Zeit – aus der Sicht eines Juristen, in: Arbeitsgemeinschaft Rechtsanwälte im Medizinrecht e.V. (Hrsg.), Lifestyle-Medizin – von der medizinischen Indikation zum modischen Trend, Berlin u.a. 2012, S. 11–20 (zit. *Spickhoff*, in: Lifestyle-Medizin)

Ders./Seibl, *Maximilian*, Die Erstattungsfähigkeit ärztlicher Leistungen bei Delegation an nichtärztliches Personal, NZS 2008, 57–65

Dies., Haftungsrechtliche Aspekte der Delegation ärztlicher Leistungen an nichtärztliches Medizinpersonal unter besonderer Berücksichtigung der Anästhesie, MedR 2008, 463–473

Spindler, *Gerald*, Unternehmensorganisationspflichten: zivilrechtliche und öffentlich-rechtliche Regelungskonzepte, Köln u.a. 2001 (zit. *Spindler*, Unternehmensorganisationspflichten)

Spranger, *Tade Matthias*, Der Einsatz neurowissenschaftlicher Instrumente im Lichte der Grundrechtsordnung, JZ 2009, 1033–1040

v. Staudinger, *Julius* (Hrsg.), Kommentar zum BGB mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, Buch 1, Allgemeiner Teil: Einleitung §§ 1–14, Berlin 2004; Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 90–124, §§ 130–133, Berlin 2011; Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 134–138, ProstG, Berlin 2011; Buch 1, Allgemeiner Teil: §§ 164–240, Berlin 2009; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 241–243, Berlin 2009; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 255–304, Berlin 2009; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 305–310, Berlin 2006; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 311, 311a, 312, 312a–f, Berlin 2005; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 362–396, Berlin 2011; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 535–562d, Berlin 2010; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 611–613, Berlin 2010; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 631–651, Berlin 2008; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 657–704, Berlin 2006; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 812–822, Berlin 2007; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 823 E–I, 824, 825, Berlin 2009; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 826–829, ProdHaftG, Berlin 2009; Buch 2, Recht der Schuldverhältnisse: §§ 830–838, Berlin 2008; Buch 3, Sachenrecht: §§ 854–882, Berlin 2007; Buch 3, Sachenrecht: Umwelthaftungsrecht, Berlin 2010 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*, BGB)

Ders. (Hrsg.), Eckpfeiler des Zivilrechts, Berlin 2010 (zit. Staudinger/*Bearbeiter*, Eckpfeiler)

Steffen, Erich, Verkehrspflichten im Spannungsfeld von Bestandsschutz und Haftungsfreiheit, VersR 1980, 409–412

Ders., Beweislasten für den Arzt und den Produzenten aus ihren Aufgaben zur Befundsicherung, in: *Pfeiffer*, *Gerd*/*Kummer*, *Joachim*/*Scheuch*, *Silke* (Hrsg.), Festschrift für Hans Erich Brandner zum 70. Geburtstag, Köln 1996, S. 327–340 (zit. *Steffen*, in: FS Brandner)

Ders./*Pauge, Burkhard*, Arzthaftungsrecht: neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung, 11. Auflage, Köln 2010 (zit. *Steffen*/*Pauge*, Arzthaftungsrecht)

Stegers, *Christoph M.*, Mitwirkung, Mitverschulden, Schadensminderung – Der Patient in der Pflicht?, ZMGR 2010, 129–138

Stein, *Ekkehard*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit: methodische Grundlegung und praktische Tipps, Tübingen 2000 (zit. *Stein*, Die rechtswissenschaftliche Arbeit)

Steiner, *Udo*, Der Schutz des Lebens durch das Grundgesetz: erweiterte Fassung eines Vortrags, gehalten vor der Juristischen Gesellschaft zu Berlin am 26. Juni 1991, Berlin u.a. 1992 (zit. *Steiner*, Der Schutz des Lebens)

Stellamor, *Kurt*/*Steiner*, *Wolfgang*, Handbuch des österreichischen Arztrechts, Bd. I, 2. Auflage, Wien 1999 (zit. *Stellamor*/*Steinar*, Handbuch des österreichischen Arztrechts)

Sternberg-Lieben, *Detlev*, Strafbarkeit des Arztes bei Verstoß gegen ein Patienten-Testament, NJW 1985, 2734–2739

Ders., Die objektive Schranken der Einwilligung im Strafrecht, Tübingen 1997 (zit. *Sternberg-Lieben*, Objektiven Schranken der Einwilligung)

Stoffels, *Markus*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge: Rechtsfindung und Inhaltskontrolle, Tübingen 2001 (zit. *Stoffels*, Gesetzlich nicht geregelte Schuldverträge)

Sträßner, *Heinz*, Haftungsrecht für Pflegeberufe, Stuttgart 2006 (zit. *Sträßner*, Haftungsrecht für Pflegeberufe)

Stürner, *Michael*, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit im Schuldvertragsrecht: zur Dogmatik einer privatrechtsimmanenten Begrenzung von vertraglichen Rechten und Pflichten, Tübingen 2010 (zit. *Stürner*, Grundsatz der Verhältnismäßigkeit)

Stürner, *Rolf*, Die richterliche Aufklärung im Zivilprozess, Tübingen 1982 (zit. Stürner, Richterliche Aufklärung)

Taupitz, *Jochen*, Die Standesordnungen der freien Berufe,: geschichtliche Entwicklung, Funktionen, Stellung im Rechtssystem, Berlin u.a. 1991 (zit. *Taupitz*, Standesordnungen der freien Berufe)

Ders., Aufklärung über Behandlungsfehler: Rechtspflicht gegenüber dem Patienten oder ärztliche Ehrenpflicht?, NJW 1992, 713–719

Ders., Privatrechtliche Rechtspositionen um die Genomanalyse – Eigentum, Persönlichkeit, Leistung, JZ 1992, 1089–1099

Ders., Ökonomische Analyse und Haftungsrecht – Eine Zwischenbilanz, AcP 196 (1996), 114–167

Ders., Vertragsfreiheit im privatärztlichen Gebührenrecht, MedR 1996, 533–541

Ders., Das Recht auf Nichtwissen, in: Hanau, Peter/Lorenz, Egon/Matthes, Hans-Peter, Festschrift für Günther Wiese zum 70. Geburtstag, Neuwied u.a. 1998, S. 583–602 (zit. *Taupitz*, in: FS Wiese)

Ders., Empfehlen sich zivilrechtliche Regelungen zur Absicherung der Patientenautonomie am Ende des Lebens?: Gutachten A für den 63. Deutschen Juristentag, München 2000 (zit. *Taupitz*, Gutachten A)

Ders., Medizinische Informationstechnologie, leitliniengerechte Medizin und Haftung des Arztes, AcP 211 (2011), 352–394

Ders./Schlüter, *Julia*, Heterologe künstliche Befruchtung – Die Absicherung des Samenspenders gegen unterhalts- und erbrechtliche Ansprüche des Kindes, AcP 205 (2005), 591–644

Teichner, *Matthias/Schröder*, *Birgit*, Rechtsfragen im Zusammenhang mit der ärztlichen Berufshaftpflichtversicherung am Beispiel der sogenannten kosmetischen Chirurgie, MedR 2005, 127–130

Terbille, Michael (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Medizinrecht, München 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Terbille, Münchener Anwaltshandbuch)

Teumer, *Jörg*, Der Vergütungsanspruch als Schaden bei der Schlechterfüllung von Dienstverträgen, VersR 2009, 333–336

Tillmanns, *Kerstin*, Strukturfragen des Dienstvertrages: Leistungsstörungen im freien Dienstvertrag und im Arbeitsvertrag, Tübingen 2007 (zit. *Tillmanns*, Strukturfragen des Dienstvertrages)

Timmann, *Tobias*, Das Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG, Tübingen 2008 (zit. *Timmann*, Patentrecht im Lichte von Art. 14 GG)

Triepel, *Heinrich*, Delegation und Mandat im Öffentlichen Recht: eine kritische Studie, Stuttgart u.a. 1942 (zit. *Triepel*, Delegation und Mandat)

Tröndle, *Herbert*, Selbstbestimmungsrecht des Patienten – Wohltat und Plage?, MDR 1983, 881–887

Uhlenbruck, *Wilhelm* (Hrsg.), Insolvenzordnung, Kommentar, 13. Auflage, München 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: Uhlenbruck, InsO)

Uleer, *Christoph*/*Miebach*, *Jürgen*/*Patt*, *Joachim* (Hrsg.), Abrechnung von Arzt- und Krankenhausleistungen, Kommentar, 2. Auflage, München 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Uleer/Miebach/Patt)

Ulrici, *Bernhard*, Geschäftsähnliche Handlungen, NJW 2003, 2053–2056

Ulsenheimer, *Klaus.*, Arztstrafrecht in der Praxis, 4. Auflage, München 2008 (zit. *Ulsenheimer*, Arztstrafrecht)

Vest, *Hans*, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?: Nationale Strafverfolgung von staatlichen Systemverbrechen mit Hilfe der Radbruchschen Formel, Tübingen 2006 (zit. *Vest*, Gerechtigkeit für Humanitätsverbrechen?)

Vogeler, *Andreas*, Internationales Arzthaftungsrecht: Lücken und Tücken in der Praxis des IPR, VersR 2011, 588–599

Vollmann, *Jochen*, Patientenselbstbestimmung und Selbstbestimmungsfähigkeit: Beiträge zur klinischen Ethik, Stuttgart 2008 (zit. Vollmann, Patientenselbstbestimmung)

Voßkuhle, *Andreas*, Stabilität, Zukunftsoffenheit und Vielfaltssicherung – Die Pflege des verfassungsrechtlichen „Quellcodes" durch das BVerfG, JZ 2009, 917–924

Wackerbarth, *Ulrich*, Unternehmer, Verbraucher und die Rechtfertigung der Inhaltskontrolle vorformulierter Verträge, AcP 200 (2000), 45–90

Wagenknecht, Christopher, Das System der rechtlichen Kontrolle von Eheverträgen, Tübingen 2010 (zit. *Wagenknecht*, System der rechtlichen Kontrolle)

Wagner, *Gerhard*, Prozessverträge: Privatautonomie im Verfahrensrecht, Tübingen 1998 (zit. *Wagner*, Prozessverträge)

Ders., Persönliche Haftung der Unternehmensleitung – die zweite Spur der Produkthaftung, VersR 2001, 1057–1063

Ders., Prävention und Verhaltenssteuerung durch Privatrecht – Anmaßung oder legitime Aufgabe?, AcP 206 (2006), 352–476

Ders., Die reformierte Arzneimittelhaftung im Praxistest, PharmR 2008, 370–377

Wagner, *Regine*/*Knittel*, *Stefan* (Hrsg.), Soziale Krankenversicherung, Pflegeversicherung, Kommentar, Loseblattsammlung, München, Stand: Juli 2011 (zit. *Bearbeiter*, in: Wagner/Knittel, Soziale Krankenversicherung)

Walter, *Ute*, Off-Label-Use – Die Haftung des verordnenden Arztes, NZS 2011, 361–366

Wandt, *Manfred*, Produkthaftung mehrerer und Regress: Eine Einführung in die Grundlagen und die Grundfragen, BB 1994, 1436–1442

Wandtke, *Artur-Axel*/ *Bullinger*, *Winfried* (Hrsg.), Praxiskommentar zum Urheberrecht, 3. Auflage, München 2009 (zit. *Bearbeiter*, in: Wandtke/Bullinger, UrhR)

Weber, *Ralph*, Einige Gedanken zur Konkretisierung von Generalklauseln durch Fallgruppen, AcP 192 (1992), 516–567

Weinberger, *Ota*, Norm und Institution: eine Einführung in die Theorie des Rechts, Wien 1988 (zit. *Weinberger*, Norm und Institution)

Weller, *Marc-Philippe*, Die Vertragstreue: Vertragsbindung-Naturalerfüllungsgrundsatz-Leistungstreue, Tübingen 2009 (zit. *Weller*, Vertragstreue)

Ders., Die Systemkohärenz des § 87 Abs. 2 AktG – Eingeschränkte Vertragstreue beim Vorstandsvertrag auf Grund Fremdinteressenwahrung, NZG 2010, 7–12

Weller, Matthias, Ordre-public-Kontrolle internationaler Gerichtsstandsvereinbarungen im autonomen Zuständigkeitsrecht, Tübingen 2005 (zit. *Weller*, Ordre-public-Kontrolle)

Wendehorst, *Christiane*, Anspruch und Ausgleich: Theorie einer Vorteils- und Nachteilsausgleichung im Schuldrecht, Tübingen 1999 (zit. *Wendehorst*, Anspruch und Ausgleich)

Wenzel, *Joachim*, Die Bindung des Richters an Gesetz und Recht, NJW 2008, 345–349

Wern, *Sigrid*, Die arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes, Saarbrücken 2005 (zit. *Wern*, Arbeitsrechtliche Stellung des leitenden Krankenhausarztes)

Wernsmann, *Rainer*, Bindung Privater an Diskriminierungsverbote durch Gemeinschaftsrecht, JZ 2005, 224–233

Westermann, *Harry*, Wesen und Grenzen der richterlichen Streitentscheidung im Zivilrecht, Münster 1955 (zit. *Westermann*, Wesen und Grenzen)

v. Westphalen, *Friedrich Graf*/*Thüsing*, *Gregor* (Hrsg.), Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke: Krankenhausaufnahmevertrag, Loseblattsammlung, München, Stand: Juni 2010 (zit. *Bearbeiter*, in: v. Westphalen/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke)

Widmaier, *Gunter* (Hrsg.), Münchener Anwaltshandbuch Strafverteidigung, München 2006 (zit. *Bearbeiter*, in: Widmaier, Strafverteidigung)

Wieacker, *Franz*, Die Methode der Auslegung des Rechtsgeschäfts, JZ 1967, 385–391

Ders., Privatrechtsgeschichte der Neuzeit: unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Entwicklung, 2. Auflage, Göttingen 1996 (zit. *Wieacker*, Privatrechtsgeschichte)

Wiebe, Andreas, Die elektronische Willenserklärung: kommunikationstheoretische und rechtsdogmatische Grundlagen des elektronischen Geschäftsverkehrs, Tübingen 2002 (zit. Wiebe, Elektronische Willenserklärung)

Wienke, *Albrecht*, Einschränkungen des Arztvorbehalts, in: Wienke, Albrecht/Dierks, Christian (Hrsg.), Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin: der Arzt am Beginn des 21. Jahrhunderts, Berlin u.a. 2008 (zit. *Wienke*, in: Wienke/Dierks, Zwischen Hippokrates und Staatsmedizin)

Wiethölter, *Rudolf*, Arzt und Patient als Rechtsgenossen, in: Stiftung zur Förderung der wissenschaftlichen Forschung über Wesen und Bedeutung der freien Berufe (Hrsg.), Die Aufklärungspflicht des Arztes, Köln u.a. 1962, S. 71–111 (zit. *Wiethölter*, in: Aufklärungspflicht des Arztes)

Wigge, *Peter*/*Kaiser*, *Rudolf*/*Fischer*, *Jürgen*/*Loose*, *Reinhard*, Möglichkeiten und Grenzen der Zusammenarbeit zwischen Radiologen und Ärzten anderer Fachgebiete: Rechtliche Vorgaben für die ambulante und stationäre Versorgung, MedR 2010, 700–710

Wilburg, *Walter*, Entwicklung eines beweglichen Systems im bürgerlichen Recht: Rede, gehalten bei der Inauguration als Rector magnificus der Karl-Franzens-Universität in Graz am 22. November 1950, Graz 1951 (zit. *Wilburg*, Entwicklung eines beweglichen Systems)

Ders., Zusammenspiel der Kräfte im Aufbau des Schuldrechts, AcP 163 (1964), 346–379

Wilhelm, Dorothee, Verantwortung und Vertrauen bei Arbeitsteilung in der Medizin: zu den rechtlichen Grenzen ärztlicher Sorgfalt, Stuttgart 1984 (zit. *Wilhelm*, Verantwortung und Vertrauen)

Wilhelm, *Walter*, Zur juristischen Methodenlehre im 19. Jahrhundert: die Herkunft der Methode Paul Labands aus der Privatrechtswissenschaft, Frankfurt am Main 1958 (zit. *Wilhelm*, Methodenlehre im 19. Jahrhundert)

Wolf, *Alfred*, Die Überarbeitung des Schuldrechts: Anlässe und Stand der Überlegungen, AcP 182 (1982), 80–100

Zenner, *Andreas*, Der Vertrag mit Schutzwirkung zu Gunsten Dritter - Ein Institut im Lichte seiner Rechtsgrundlage, NJW 2009, 1030–1034

Zimmermann, *Walter*, Vorsorgevollmacht, Betreuungsverfügung, Patientenverfügung: für die Beratungspraxis, 2. Auflage, Berlin 2010 (zit. *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht)

Zippelius, *Reinhold*, Wertungsprobleme im System der Grundrechte, München 1962 (zit. *Zippelius*, Wertungsprobleme)

Ders., Das Wesen des Rechts: eine Einführung in die Rechtsphilosophie, 4. Auflage, München 1978 (zit. *Zippelius*, Wesen des Rechts)

Ders., Rechtsphilosophie: ein Studienbuch, 6. Auflage, München 2011 (zit. *Zippelius*, Rechtsphilosophie)

Zitelmann, *Ernst*, Ausschluss der Widerrechtlichkeit, AcP 99 (106), 1–130

Zöller, *Wolfgang*, Patientenrechtegesetz, MedR 2011, 229–230

Ders., Grundlagenpapier Patientenrechte in Deutschland, MedR 2011, 236–239

Zöllner, *Wolfgang*, Regelungsspielräume im Schuldvertragsrecht: Bemerkungen zur Grundrechtsanwendung im Privatrecht und zu den sogenannten Ungleichgewichtslagen , AcP 196 (1996), 1–36

Ders., Kontrahierungszwang und Vertragsfreiheit - Negation oder Immanenz?, in: Koziol, Helmut/Rummel, Peter, Festschrift für Franz Bydlinski zum 70. Geburtstag, Wien 2002, S. 517–531 (zit. *Zöllner*, in: FS Bydlinski)

Zweigert, *Konrad*/*Kötz*, *Hein*, Einführung in die Rechtsvergleichung auf dem Gebiete des Privatrechts, 3. Auflage, Tübingen 1996 (zit. *Zweigert*/*Kötz*, Rechtsvergleichung)

Lebenslauf

Am 30.01.1985 wurde ich als Sohn von Herbert und Lydia Ballhausen, geb. Lörsch, in Duderstadt geboren.

Von 1997–2004 besuchte ich das Eichsfeld-Gymnasium in Duderstadt und legte dort mein Abitur ab.

Meinen Zivildienst absolvierte ich von 2004–2005 im Zentrum für Hautkrankheiten an der Universitätsklinik Marburg.

Zum Wintersemester 2005/2006 begann ich mein Studium der Rechtswissenschaften mit dem Schwerpunkt Medizin- und Pharmarecht an der Universität Marburg. Von 2008–2010 war ich dort als studentische Hilfskraft Mitglied der selbstständigen Nachwuchsforschergruppe für Zivil- und Gesundheitsrecht von Professor Dr. Elmar Mand LL.M. (Yale).
Die erste juristische Staatsprüfung legte ich am 12.02.2010 erfolgreich ab.

Von 2010–2012 war ich sodann als wissenschaftlicher Mitarbeiter am Lehrstuhl von Professor Spickhoff in Göttingen tätig; währenddessen entstand diese Arbeit. In diese Zeit fallen ferner Buchbeiträge, Aufsätze und Urteilsanmerkungen, u.a. in der NJW, LMK und MedR.

Aktuell bin ich Rechtsreferendar im OLG–Bezirk Braunschweig. Darüber hinaus kommentiere ich das Haftpflichtgesetz für den in naher Zukunft erscheinenden Beck´schen Online–Großkommentar zum BGB.

Die moderne Medizin ist zunehmend geprägt von arbeitsteiligen Prozessen. Was aber genau versteht das Arztrecht unter Arbeitsteilung, Delegation oder Substitution? Welche Tätigkeiten können im Einzelfall konkret arbeitsteilig durchgeführt werden, ohne dass sich der Arzt vergütungs- und haftungsrechtlichen Risiken aussetzt? Diese Arbeit versucht auf diese drängenden Fragen des Arztrechts Antworten zu geben. Dabei entwickelt der Autor basierend auf den von ihm herausgearbeiteten arztrechtlichen Prinzipien eine systematische Grenze der arbeitsteiligen Medizin. In diesem Grenzsystem liegt zugleich ein Beitrag zur aktuell im Zuge des Patientenrechtegesetzes fortschreitenden privatrechtsdogmatischen Integration des Arztrechts. Ferner wird dieses System anhand von ausgewählten Einzelfragen des Arztvergütungs- und Arzthaftungsrechts überprüft und weiterentwickelt. Auf diese Weise soll ein praxistauglicher und gleichzeitig dogmatisch abgesicherter Lösungsansatz für die Grenze der arbeitsteiligen Medizin präsentiert werden.



ISBN: 978-3-86395-096-5
ISSN: 1864-2144

Universitätsverlag Göttingen